

UNIVERSITÉ PANTHÉON-SORBONNE (PARIS I)
(Sciences économiques – Sciences humaines – Sciences juridiques et politiques)
UFR 07 – Droit international

LES HYPOTHÈSES JURIDIQUES
UNE ÉTUDE DU RAISONNEMENT JUDICIAIRE

Thèse pour le doctorat en droit
(arrêté du 24 août 2006)
présentée et soutenue publiquement le 2 mai 2007

par

Pierre HURT

Membres du jury

Directeur de thèse : **M. Pierre MAYER**
Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Suffragants : **M. Daniel GUTMANN**
Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

M. Antoine JEAMMAUD
Professeur à l'Université Lumière-Lyon II

M. Xavier LAGARDE
Professeur à l'Université de Nanterre (Paris X)

M. Nicolas MOLFESSIS
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

L'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I) n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

SOMMAIRE

Une table des matières détaillée figure à la fin de l'ouvrage

Introduction générale

PREMIÈRE PARTIE

LA DÉFINITION DES HYPOTHÈSES JURIDIQUES

TITRE I – LE LIEU DES HYPOTHÈSES JURIDIQUES : LA RELATION ENTRE LE LÉGISLATEUR ET LE CAS PARTICULIER

Chapitre 1 : Le rapport entre le juge et le cas particulier : la concrétisation du droit

Section 1 : La distinction entre règles et décisions

Section 2 : Les degrés d'abstraction du droit

Chapitre 2 : Le rapport entre le juge et le législateur : la signification du droit

Section 1 : Les aspects généraux de la notion de signification du droit

Section 2 : Les aspects spécifiques de la notion de signification du droit

TITRE II – LA SOURCE DES HYPOTHÈSES JURIDIQUES : LES PROBLÈMES DE DROIT

Chapitre 1 : La définition en extension de la notion de problème de droit

Section 1 : Le problème d'obscurité de la loi

Section 2 : Le problème de conflit de lois

Section 3 : Le problème de lacune de la loi

Section 4 : Le problème de qualification

Chapitre 2 : La définition en compréhension de la notion de problème de droit

Section 1 : Le problème d'interprétation du droit

Section 2 : Les questions de choix entre interprétations possibles du droit

SECONDE PARTIE

LA MISE À L'ÉPREUVE DES HYPOTHÈSES JURIDIQUES

Chapitre 1 : Le test du précédent

Section 1 : La notion de précédent

Section 2 : La pratique du précédent

Chapitre 2 : Le test des autorités

Section 1 : La notion d'argument d'autorité

Section 2 : La diversité des arguments d'autorité

Chapitre 3 : Le test de compatibilité

Section 1 : La notion de compatibilité

Section 2 : Le test de cohérence : la compatibilité de l'hypothèse avec le système juridique

Section 3 : Le test d'adéquation : la compatibilité de l'hypothèse avec le réel

Chapitre 4 : Le test des conséquences

Section 1 : L'argument pragmatique

Section 2 : Les complications de l'argument pragmatique

Conclusion

Bibliographie

Index

Table des matières

ABRÉVIATIONS COURANTES

<i>Adde</i>	Ajouter
<i>A.J.D.A.</i>	L'actualité juridique – Droit administratif
<i>A.P.D.</i>	Archives de philosophie du droit
al.	alinéa
art.	article
Ass. Plén.	Assemblée Plénière de la Cour de cassation
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
<i>Bull. Crim.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
CA	Cour d'appel
Civ. (1 ^{ère} , 2 ^{ème} , 3 ^{ème})	Cour de cassation (1 ^{ère} , 2 ^{ème} , 3 ^{ème}) chambre civile
Com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
Req.	Cour de cassation, chambre des requêtes
Soc.	Cour de cassation, chambre sociale
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
cf.	<i>confer</i>
chr.	chronique
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
col.	colonne
coll.	collection
concl.	conclusions
Cons. const.	Conseil constitutionnel
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>D. Fam.</i>	Droit de la famille
<i>D.H.</i>	Recueil Dalloz hebdomadaire
dir.	direction
<i>D.P.</i>	Recueil périodique et critique Dalloz
<i>Droits</i>	Droits – revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique
éd.	édition ou éditeur
fasc.	fascicule
<i>GACIV</i>	Les grands arrêts de la jurisprudence civile
<i>GACJCE</i>	Les grands arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes
<i>GADIP</i>	Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>GDCC</i>	Les grandes décisions du Conseil constitutionnel
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (au même endroit)
inf. rap.	Informations rapides
<i>infra</i>	ci-dessous
<i>JCP</i>	Semaine juridique, Edition générale
<i>JDI</i>	Journal du droit international
<i>Juris-cl. civ</i>	Juris-classeur civil
<i>Juris-cl. proc. civ.</i>	Juris-classeur procédure civile
NCPC	nouveau Code de procédure civile
n° numéro(s)	
not.	notamment
préc.	pécité
obs.	observations
préf.	préface
<i>R.</i>	Rapport annuel de la Cour de cassation

<i>Rec. CJCE</i>	Recueil des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes
<i>Rec. Cons. const.</i>	Recueil des arrêts du Conseil constitutionnel
<i>Rép. Dalloz civ.</i>	Encyclopédie Dalloz, Répertoire civil
<i>Rép. Dalloz int.</i>	Encyclopédie Dalloz, Répertoire international
<i>Rev. crit.</i>	Revue critique de droit international privé
<i>RDP</i>	Revue de droit public et de la science politique en France
<i>R.R.J.</i>	Revue de la recherche juridique – droit prospectif
<i>RTDciv.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>R.I.D.C.</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>S.</i>	Recueil Sirey
<i>s. ou ss.</i>	suivant(e)s
<i>somm.</i>	sommaires commentés
<i>spéc.</i>	spécialement
<i>supra</i>	ci-dessus
<i>TGI</i>	tribunal de grande instance
<i>thèse dactyl.</i>	Thèse dactylographiée
<i>trad.</i>	traduction
<i>trib. civ.</i>	tribunal civil
<i>trib. com.</i>	tribunal de commerce
<i>v.</i>	voir
<i>v°</i>	verbo, (au mot)
<i>vol.</i>	volume

*Je ne promets rien de complet, parce que
toute chose humaine supposée complète est,
pour cette raison même, pleine d'erreurs.*

Herman MELVILLE, *Moby Dick*

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. Comment concrètement le juge tranche-t-il un problème de droit ? Telle est la question à laquelle nous tenterons de répondre tout au long de ce travail. Résumée à l'extrême, notre réponse tiendra en une seule phrase : pour trancher un problème de droit, le juge fait des hypothèses, c'est-à-dire qu'il formule des solutions provisoires, qu'il soumet à l'épreuve de certains arguments-types. Voilà notre thèse dont nous voudrions convaincre. Mais, n'en doutons pas, elle ne va nullement de soi.

2. L'ambition de notre recherche est d'ordre méthodologique. La méthodologie a pour objet l'étude *a posteriori* des méthodes dans les différentes sciences¹. Or, le mot « méthode » – du grec *methodos*, « poursuite, recherche », de *meta* « vers » et *hodos* « chemin »² – désigne « une manière de conduire sa pensée »³. Par conséquent, nous nous intéresserons aux méthodes, c'est-à-dire aux manières de conduire la pensée, employées par le juge appelé à résoudre un problème de droit.

3. La description des méthodes *effectivement* mises en œuvre par le magistrat conduit nécessairement à élaborer une méthodologie *descriptive* et non pas une méthodologie *normative* qui dicterait aux juges les façons de bien raisonner. Non pas qu'une telle méthodologie normative serait dépourvue d'intérêt. Au contraire même, la méthodologie nous paraît avoir une grande vertu pédagogique, celle de former les esprits afin qu'ils puissent résoudre, avec le plus d'assurance possible, les questions les plus difficiles. Mais il faut bien

¹ En ce sens, v. A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, Quadrig/PUF, 2^{ème} éd. « Quadriges », 2006, v° « Méthodologie » : « Subdivision de la Logique, ayant pour objet l'étude *a posteriori* des méthodes, et plus spécialement, d'ordinaire, celle des méthodes scientifiques ».

² En ce sens, A. REY (sous la dir. de), *Le grand Robert de la langue française, Dictionnaire analogique et alphabétique de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1992, réimpr. 1996, v° « Méthode ».

³ H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs)*, préf. P. ROUBIER, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1948, n° 4, p. 4. Cette définition est toute cartésienne : « Ainsi, mon dessein n'est pas d'enseigner ici la méthode que chacun doit suivre pour bien conduire sa raison, mais seulement de faire voir en quelle sorte j'ai tâché de conduire la mienne », (R. DESCARTES, *Discours de la méthode*, présentation, notes, dossier, bibliographie et chronologie par L. RENAULT, Paris, GF Flammarion, 2000, Partie I, p. 32).

se rendre à l'évidence qu'avant d'inculquer quoi que ce soit à qui que ce soit, il faut d'abord s'intéresser à ce qui se pratique déjà. Avant de passer maître, il faut avoir été élève.

4. Plus tard, après avoir décrit et conceptualisé les raisonnements effectivement mis en œuvre, l'on pourra, bien sûr, songer à les enseigner, par exemple, aux étudiants et aux élèves-magistrats. Un tel projet s'avèrerait d'autant plus justifié que les modèles servant de référence au travail de description et de conceptualisation nous sont procurés par nos plus hauts magistrats. Une longue pratique du métier de juger a pu naturellement aiguïser leur faculté de raisonnement. Mais de cet apprentissage sur le tas, il ne résulte nullement que les magistrats soient à mêmes de conceptualiser leurs propres argumentations. De fait, il n'est point besoin d'être logicien pour penser logiquement. Il reste que le fait de rendre conscient ce qui se pratique au jour le jour chez les meilleurs permettra de mieux l'enseigner aux débutants qui pourront, dès lors, acquérir plus vite un savoir-faire qu'ils n'auraient autrement appris qu'au terme d'une pratique longue et tâtonnante.

5. Notre point de vue descriptif implique encore que notre recherche se gardera bien d'une *appréciation critique* des raisonnements effectivement pratiqués par les magistrats. Cette attitude acritique, pour regrettable qu'elle puisse paraître, ne s'en trouve pas moins commandée par l'ordre naturel des choses. C'est que la critique suppose précisément cette méthodologie normative qu'il serait encore trop tôt de faire.

6. Pourquoi avoir choisi de nous intéresser aux seuls *juges* ? Pour quels motifs avoir exclu du champ de nos investigations les autres applicateurs de normes appelés à trancher des problèmes de droit ? La raison principale en est que le magistrat apparaît comme la figure paradigmatique, comme le modèle ou prototype des personnages répondant à des problèmes de droit. Certes, les avocats, les notaires, les fonctionnaires et même tous les individus confrontés à l'application de règles de droit sont susceptibles d'avoir à faire face aux mêmes difficultés. Il reste que leur manière de rechercher des solutions convergera nécessairement vers celle qu'un magistrat serait prêt à accepter, puisque c'est lui qui, en tant qu'interprète officiel des normes, aura, en fin de compte, le dernier mot. L'application prétorienne du droit apparaît donc comme la mesure de toutes les autres applications de normes juridiques. Aussi bien, la pratique du juge permettra-elle de parler au nom de tous les autres applicateurs de droit.

7. Afin de bien situer la problématique précise que nous nous proposons d'examiner, il est incontournable de revenir, pendant quelques instants, à la représentation traditionnelle de l'activité juridictionnelle. Celle-ci est classiquement décrite sous la forme d'un *syllogisme juridique*⁴. Pour comprendre cette figure du raisonnement, il est nécessaire d'insister d'abord sur la structure logique de toute règle de droit laquelle est toujours une proposition générale et abstraite⁵ qui se décompose en deux éléments : un *présupposé* et un *effet juridique*⁶. Le présupposé d'une règle « *consiste en une référence à un type de situation* », à une « *situation-type* »⁷. L'effet juridique est une conséquence rattachée à ce présupposé. Il prend la forme d'une obligation, d'une interdiction ou d'une permission⁸. Prenons l'exemple de l'article 1382 du Code civil énonçant que « *tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* ». Le présupposé de cette règle est : « un dommage est survenu, une faute a été commise par une personne et cette faute a causé ce dommage » ; l'effet juridique énonce que « l'auteur de la faute est obligé de réparer ce dommage ».

8. L'association d'un effet juridique à un présupposé confère aux règles de droit un caractère *hypothétique*⁹. C'est dire que l'effet juridique édicté par une règle ne se produira

⁴ En ce sens, v. p. ex. J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, t. 1, Paris, Quadrige/PUF, 2004, n° 8, p. 20; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Droit civil, Introduction générale*, Paris, LGDJ, coll. Traité de droit civil, 4^{ème} éd., 1994, n° 47, p. 37; P. HÉBRAUD, « Rapport introductif », in *La logique judiciaire*, Paris, PUF, Série « droit privé », Travaux et recherches de la faculté de droit et sciences économiques de Paris, 5^{ème} Colloque des Instituts d'Études judiciaires, 18-20 mai 1967, PUF, 1969, p. 28.

⁵ Sur la « généralité » et l'« abstraction » des règles, v. *infra*, n°69 et s.

⁶ En ce sens, v. p. ex. P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, thèse, préf. H. BATIFFOL, Paris, Dalloz, 1973, n° 60, p. 43; H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, op. cit.*, n° 16, p. 18; K. LARENZ (begründet von), CL.-W. CANARIS (fortgeführt von), *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, Heidelberg, New York, Springer-Verlag, Lehrbuch, 3. neu bearbeitete Auflage, 1995, K. 2, 1, a), p. 72. La méthodologie juridique allemande se sert des termes « *Tatbestand* » et « *Rechtsfolge* » pour parler du présupposé et de l'effet juridique d'une règle. Ajoutons aussi que la terminologie juridique française appelle parfois « hypothèse » la partie de la règle que nous nommons « présupposé ». Nous éviterons toutefois l'usage du mot « hypothèse » en ce sens, puisque les hypothèses juridiques dont il sera question tout au long de notre thèse, désignent autre chose que le présupposé de la règle (sur ce point, v. *infra*, n°31, 475 et s.).

⁷ P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé, op. cit.*, n° 60, p. 43.

⁸ En ce sens, *ibid.*, n° 61, p. 45; J. RAY, *Essai sur la structure logique du Code civil français*, Paris, Félix Alcan, Bibliothèque de philosophie contemporaine, 1926, p. 53. L'auteur distingue, en vérité, « *quatre types fondamentaux de formes sous lesquelles s'exprime la volonté législative : le permis ; le facultatif ; l'obligatoire ; l'interdit* ». Toujours est-il que nous ne voyons pas vraiment d'intérêt à distinguer le permis du facultatif.

⁹ Sur le caractère hypothétique de la règle de droit, v. P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé, op. cit.*, n° 59, p. 42.

qu'à la condition que la situation-type, décrite par le présupposé, se réalise concrètement dans les faits d'un cas particulier. Par conséquent, toute règle de droit peut être réécrite sous la forme « si..., alors... », même si, en pratique, les formulations concrètes de règles ne collent pas étroitement à ce modèle¹⁰. Aussi, dirons-nous de l'article 1382 du Code civil qu'il dispose, en vérité, sous une forme entièrement explicitée, que « *si* un dommage est survenu et *si* une personne a commis une faute et *si* cette faute a causé ce dommage, *alors* l'auteur de la faute est obligé de réparer ce dommage ».

9. Cette analyse formelle de la règle de droit nous permettra d'exposer le schéma du syllogisme juridique tel que MOTULSKY l'avait formulé. Ce schéma se compose de trois propositions, dont la première, appelée la *prémisse majeure*, est formée par la règle de droit, la deuxième, dite *prémisse mineure*, par la situation de fait, et la troisième par la *conclusion*. En voici l'énoncé¹¹ :

« Telle présupposition étant donnée, tel effet juridique en découle –
« Or, le « cas particulier » est contenu dans cette présupposition –
« Donc, l'effet juridique envisagé se produit dans ce cas particulier ».

10. Appliquons, pour illustrer, l'article 1382 du Code civil à un cas particulier, par exemple, à celui d'un cycliste blessant un piéton dans un parc, alors qu'un panneau de signalisation, posé à l'entrée de ce parc, en interdisait l'accès aux bicyclettes. Reprenons dès lors notre schéma. La majeure affirme que « *si* un dommage est survenu et *si* une personne a commis une faute et *si* cette faute a causé ce dommage, *alors* l'auteur de la faute est obligé de réparer ce dommage ». La mineure énonce qu'« *or*, un piéton a subi un dommage (p. ex. des contusions et des hématomes) et un cycliste (p. ex. M. Paul) a commis une faute en ne respectant pas le règlement interne du parc interdisant l'accès aux bicyclettes et cette faute a bien causé ce dommage ». La conclusion consiste à déduire que « *donc*, M. Paul est obligé de réparer le dommage ».

¹⁰ En ce sens, H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, op. cit.*, n° 17, p. 19 : « *cette structure logique de la règle de Droit est tout à fait indépendante de la rédaction* ». La dissociation entre la formule effectivement retenue et la forme logique de la règle de droit, s'explique par la notion de « sens implicite ». Sur cette notion, v. *infra*, n° 209

¹¹ *Ibid.*, n° 50, p. 49.

11. Le syllogisme juridique, appelé encore *sylogisme de subsomption*¹², est présenté comme le « *support le plus général de toute application du droit* »¹³. En pratique, toutefois, cette représentation syllogistique de l'application du droit sera bien plus complexe. Car, d'une part, l'application du droit prendra le plus souvent la forme d'un enchaînement de syllogismes ou d'un *polysyllogisme* composé d'autant de déductions syllogistiques qu'il y a de règles applicables au cas d'espèce¹⁴. D'autre part, la prémisse mineure du syllogisme se décompose, à dire vrai, en deux parties : une partie « établissement du fait » et une partie « qualification de ce fait »¹⁵. Par exemple, avant de qualifier « dommage » des hématomes et des contusions, il faut bien évidemment prouver que la personne qui se dit victime a subi de telles blessures. Ou bien encore, avant de qualifier « faute » le fait pour le cycliste de rouler dans le parc, il faut, bien sûr, avoir établi qu'il y a effectivement roulé.

12. MOTULSKY a fait du syllogisme juridique le centre de toute méthode de réalisation du droit. Par réalisation du droit, il entendait « *la tentative de penser un cas particulier comme contenu dans une règle de droit, et la constatation du résultat, positif ou négatif, de la recherche* »¹⁶. En conséquence, écrivait-il, « *le but suprême de la réalisation du Droit réside dans la "conclusion" du syllogisme juridique* »¹⁷. Quelque critique que l'on ait pu exprimer

¹² En ce sens, v. P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, Office des imprimés de l'État, 1960, mise à jour 1978, n° 243, p. 356. « Subsumer » signifie « *penser un individu comme compris dans une espèce, ou une espèce comme comprise dans un genre ; considérer un fait comme l'application d'une loi* » (A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, *op. cit.*, v° « Subsumer ». Sur ce point, v. également, *infra*, n° 394).

¹³ J. GHESTIN, G. GOUBEUX, M. FABRE-MAGNAN, *Droit civil, Introduction générale*, *op. cit.*, n° 49, p. 38. Adde, X. DIJON, *Méthodologie juridique, L'application de la norme*, Diegem, Kluwer Éditions Belgique et E. Story-Scientia, 1996, n° 6, p. 7.

¹⁴ En ce sens, v. p. ex., F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, préf. J. DABIN, Bruxelles, Bruylant, Bibl. de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain, 1966, n° 28, p. 39 ; J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, coll. Thémis droit privé, 1^{ère} éd., 2001, pp. 146 et s. Dans notre exemple, il est possible d'ajouter ainsi un autre syllogisme du style : « Le fait de ne pas respecter une règle impérative doit être qualifié faute », « Or, en l'espèce, M. Paul n'a pas respecté la règle impérative interdisant de circuler à bicyclette dans le parc », « Donc, M. Paul a commis une faute ». De manière semblable, nous pourrions introduire un syllogisme supplémentaire pour la qualification du dommage : « Le fait de subir des blessures doit être qualifié dommage réparable », « Or, les hématomes et contusions subis par le piéton constituent des blessures, « Donc, ... ».

¹⁵ En ce sens, v. p. ex., F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, *op. cit.*, n° 27, pp. 38-39 et n° 55, p. 82 ; J. GHESTIN, G. GOUBEUX, M. FABRE-MAGNAN, *Droit civil, Introduction générale*, *op. cit.*, n° 52, p. 39.

¹⁶ H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, *op. cit.*, n° 44, p. 45 (déjà en italique dans le texte).

¹⁷ *Ibid.*, n° 75, p. 73.

au regard du syllogisme d'application du droit, une chose nous paraît néanmoins certaine¹⁸ : c'est qu'*il est impossible d'appliquer correctement une règle de droit à un cas particulier, sans faire de syllogisme*. En ce sens, le syllogisme juridique constitue donc effectivement le centre de la réalisation du droit, c'est-à-dire de son application aux situations concrètes. Mais il nous faut désormais mesurer l'exacte portée du constat que nous venons de faire.

13. Bien des auteurs ont insisté sur la déficience de l'analyse syllogistique pour décrire l'application du droit par les magistrats. On reproche au syllogisme d'être à la fois *insuffisant, irréaliste* et *injuste*. Injuste d'abord, car il ne serait qu'une « *marche droite et aveugle vers l'absolu, c'est-à-dire vers l'iniquité* »¹⁹. C'est la raison pour laquelle la déduction juridique ne devrait être qu'une « *déduction tempérée* » où le « *bons sens* », « *le sens équitable et pratique* » viendraient « *à chaque instant corriger, retoucher l'œuvre puissante, mais trop anguleuse, de la logique* »²⁰. Par exemple, il n'existe pas en droit civil de règle interdisant au mari assassin de son épouse de bénéficier de la clause d'attribution intégrale de la communauté au conjoint survivant. Le code retient donc la règle suivante : si les époux ont stipulé dans leur contrat de mariage une clause d'attribution intégrale de la communauté au conjoint survivant et quelle que soit la cause de décès de l'autre époux, le conjoint survivant bénéficie cette clause²¹. Ainsi, la Cour de cassation a appliqué, sans distinction, cette règle à un homme ayant assassiné sa femme²². Voilà donc où la déduction droite et aveugle nous mènerait, à défaut d'être tempérée.

14. Mais qui ne voit que cette critique se trompe de cible ? Car pour éviter le résultat injuste de la déduction syllogistique, il faudrait changer de prémisse majeure pour en déduire

¹⁸ Sur ces critiques, v. *infra*, n° 13 et s.

¹⁹ E. MEYNIAL, « Du rôle de la logique dans la formation scientifique du droit », *Revue de métaphysique et de morale*, 1908, p. 181.

²⁰ C. APPLETON, « Observations sur la méthode dans l'enseignement, du droit en général, du droit romain en particulier et sur les réformes adoptées en 1889 », *Revue internationale de l'enseignement*, t. 21, 1891.256. Ce reproche reste d'actualité. Car comment comprendre autrement la réflexion suivante : « *On a montré [...] combien la logique formelle [dont le syllogisme juridique est l'une des figures] risque d'imprimer au droit un dogmatisme et une raideur incompatible avec la complexité du réel et la souplesse de la vie* » (J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, op. cit., p. 145) ? Adde, F.-M. SCHROEDER, *Le Nouveau style judiciaire*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 1978, n° 4, 124.

²¹ Littéralement l'article 1524 du Code civil énonce que « *l'attribution de la communauté entière ne peut être convenue que pour le cas de survie, soit au profit d'un époux désigné, soit au profit de celui qui survivra quel qu'il soit. L'époux qui retient ainsi la totalité de la communauté est obligé d'en acquitter toutes les dettes* ».

²² Civ. 1^{ère}, 27 mai 1998, *D.* 1998. 530, obs. J. THIERRY.

cette fois-ci une solution plus équitable. Dans notre exemple, il suffirait d'énoncer une exception à la règle générale, à l'image de l'indignité successorale permettant de priver le meurtrier de la succession du défunt auquel il a donné la mort²³. De cette règle d'exception, l'on déduirait alors une solution plus juste. L'injustice n'est donc pas dans le syllogisme. Elle est dans ses prémisses. Le syllogisme juridique est un schéma formel de raisonnement dont on ne voit même pas conceptuellement comment on pourrait le tempérer²⁴. Disons-le franchement : la déduction tempérée n'existe pas.

15. À cette première critique, s'ajoute celle récurrente de « *l'inanité du modèle syllogistique de la logique formelle pour rendre compte des déterminations qui ont réellement cours dans le raisonnement juridique* »²⁵. Bref, le syllogisme juridique serait un schéma *irréaliste* pour décrire le raisonnement des magistrats, lesquels ne déduiraient nullement la solution du cas particulier comme une conclusion à partir d'une règle. Leur raisonnement serait, en réalité, *régressif* ou *ascendant*, c'est-à-dire que le juge choisirait d'abord la conclusion qui lui paraît la plus satisfaisante pour n'adopter qu'après-coup les prémisses lui permettant d'aboutir à cette conclusion. Le syllogisme ne serait donc qu'apparence ou, pour reprendre la formule d'un Premier président de la Cour de cassation, il ne serait « *qu'un montage plaqué a posteriori* »²⁶.

16. Qu'en penser ? Cette critique attire notre regard sur une dissociation extrêmement importante à faire par quiconque s'intéresse au raisonnement juridique. Il faut, en effet, distinguer entre, d'une part, le raisonnement qui conduit à *trouver* une solution à un problème et, d'autre part, le raisonnement qui consiste à *prouver* ou à *justifier* cette solution après sa découverte. Comme le notait un autre Premier président de la Cour de cassation, « *la façon*

²³ L'article 727 du Code civil prévoit, en effet, que peut être déclaré indigne de succéder « *celui qui sera condamné, comme auteur ou complice, à une peine correctionnelle pour avoir volontairement donné ou tenté de donner la mort au défunt* ».

²⁴ Que l'on songe à notre exemple. Comment tempérerait-on, en l'espèce, la déduction à partir de la règle injuste ? En disant que cette règle est applicable au cas d'espèce, mais que le meurtrier de l'épouse n'a quand même pas droit à l'avantage matrimonial ? Vraiment, nous ne voyons pas comment nous y prendre.

²⁵ O. CAYLA, « Ouverture : La qualification, ou la vérité du droit », *Droits*, N° 18, 1993.9. *Adde*, parmi les innombrables références, J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, op. cit.*, n° 8, p. 33 ; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Droit civil, Introduction générale, op. cit.*, n° 55, p. 43 ; P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit, op. cit.*, 1978, n° 247, p. 361.

²⁶ P. BELLET, « Servitudes et libertés du juge : les articles 4 et 5 du Code civil français », in *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Bruxelles, éd. Nemesis, P. VASSART (études publiées par), G. HAARSCHER, L. INGBER, R. VANDER ELST (sous la dir. de), 1988, p. 149.

dont on trouve n'est pas celle par laquelle on prouve. Autres sont "les chemins de la découverte", autres ceux de la démonstration et de la vérification »²⁷. Et tous ceux qui ont l'habitude de rédiger un texte savent bien que le cheminement ayant conduit à son élaboration ne correspond guère à sa disposition finale et ce d'autant plus que le texte traite d'un sujet difficile. Il convient, par conséquent, de distinguer la *méthode de découverte* des solutions – la *méthode heuristique* – de leur *méthode de justification*. L'exposé final de la décision juridictionnelle, sous la forme d'un syllogisme, ne permet donc pas de conclure au cheminement de la pensée qui a découvert et élaboré la solution. C'est dire que rien ne garantit que le magistrat suive mentalement l'ordre des prémisses du syllogisme (majeure-mineure-conclusion) pour trouver la solution du litige, si tant est que cela soit jamais possible. La réalité du raisonnement heuristique, c'est-à-dire qui trouve et applique les règles de droit à des cas particuliers, semble, en tout cas, toute autre.

17. C'est que, dans la réalité et d'une manière générale, le raisonnement du juriste aura tendance à partir des faits qui se sont produits (p. ex. un accident) ou dont la réalisation est projetée (p. ex. un contrat que l'on souhaite conclure)²⁸. Ou bien encore, le raisonnement partira du résultat auquel on aimerait aboutir, c'est-à-dire de la prétention (p. ex. la démolition d'une construction ou une réparation en argent)²⁹. De cette description sommaire, il suit que le raisonnement d'application du droit aura plutôt tendance à partir de la mineure du syllogisme à construire (les faits)³⁰, voire même de sa conclusion (le résultat recherché)³¹. Cela dit, la réalité du raisonnement juridique paraît encore plus complexe.

²⁷ P. DRAI, « Le délibéré et l'imagination du juge », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Mélanges en l'honneur de R. PERROT*, Paris, Dalloz, 1996, p. 114.

²⁸ En ce sens, v. p. ex. P. DELNOY, *Éléments de méthodologie juridique*, Bruxelles, Éditions Larcier, coll. de la Faculté de l'Université de Liège, 2005, pp. 24-25 ; François RIGAUX remarque, à ce titre, que « l'instinct du juge le pousse plutôt à partir des faits pour arriver ensuite au droit » (*La nature du contrôle de la Cour de cassation*, op. cit., n° 49, p. 72). V. également nos remarques sur la réalité du raisonnement qui découvre, *infra*, n° 30 et s.

²⁹ En ce sens, v. p. ex., H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, op. cit., n° 57, pp. 54-55 ; P. DELNOY, *Initiation aux méthodes d'application du droit*, op. cit., p. 25.

³⁰ En ce sens, v. X. DIJON, *Méthodologie juridique, L'application de la norme*, op. cit., n° 12, p. 19 : « Que l'étude de l'application du droit s'entame par la mineure du syllogisme judiciaire, c'est-à-dire par la saisie des faits, n'étonne personne puisque viennent en premier lieu devant le juge l'établissement des faits ».

³¹ En ce sens, v. H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, op. cit., n° 138, p. 155 : « La réalisation méthodique du Droit – nous l'avons assez souligné – a son point de départ dans la conclusion à atteindre ».

18. Bien plus qu'un raisonnement linéaire progressant de la règle de droit vers les faits, puis vers la solution, le raisonnement d'application du droit décrit un mouvement de « *chassé-croisé* »³² ou de « *va-et-vient* »³³ entre les faits et les règles de droit susceptibles de leur être appliquées. Un auteur le dit très bien : « *Partant des faits pour découvrir la règle qui leur convient, il faut ensuite revenir aux circonstances concrètes pour vérifier la correspondance ; cela conduit à descendre dans une description plus détaillée et plus minutieuse des faits, à mieux discerner les circonstances pertinentes, puis, en sens inverse, à reprendre l'interprétation de la règle pour en mieux éclairer l'exacte portée. Dans ce mouvement de va-et-vient, l'analyse s'affine en même temps que la synthèse se renforce* »³⁴. Cette description autrement plus réaliste de la découverte des solutions reste néanmoins encore insuffisante, du moins, pour rendre compte du raisonnement *judiciaire*³⁵.

19. Mis à part le rôle que joue l'*intuition* ou le sentiment dans la découverte d'une solution par le magistrat³⁶, il convient de souligner cette vérité essentielle que le propre du raisonnement judiciaire est le *débat contradictoire*³⁷. Plutôt que de faire un syllogisme solitaire, la tête plongée dans un dossier, le juge doit choisir entre positions juridiques antagonistes plaidées devant lui par les parties au procès. Il appartient donc au magistrat de vérifier les syllogismes qui lui sont soumis par les litigants³⁸. De plus, les juges statuent souvent en formation collégiale, en sorte que la discussion reprend, lors du délibéré, après la

³² *Ibid.*, n° 19, p. 11.

³³ En ce sens, v. J. GHESTIN, G. GOUBEUX, M. FABRE-MAGNAN, *Droit civil, Introduction générale*, *op. cit.*, n° 54, p. 41 ; J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, *op. cit.*, p. 135.

³⁴ P. HÉBRAUD, « Rapport introductif », *art. préc.*, pp. 46-47.

³⁵ Sur la distinction entre « raisonnement juridique » et « raisonnement judiciaire », v. *infra*, note n° 56.

³⁶ Sur le rôle de l'« intuition », « sentiment » ou de l'« imagination » dans la découverte des hypothèses juridiques, v. *infra*, n°

³⁷ En ces sens, v. F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, *op. cit.*, n° 48 et 49, pp. 72-73 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, *op. cit.*, n° 28, p. 63 : « *La forme juridique du raisonnement, c'est le débat contradictoire [...]* » ; F.-M. SCHROEDER, *Le Nouveau style judiciaire*, *op. cit.*, n° 6, p. 112 : « *Le jugement est le fruit d'un dialogue [...]* ».

³⁸ En ce sens, P. ESTOUP, *La pratique des jugements en matière civile, prud'homale et commerciale, Principes et méthodes de rédaction*, Paris, Litec, 2^{ème} éd., 1990, n° 45, p. 61. Certes, le juge peut prendre l'initiative de la règle applicable en soulevant d'office un moyen de pur droit. Mais il ne peut le faire qu'après avoir constaté que le syllogisme proposé par le demandeur est inopérant (en ce sens, v. *ibid.* ; *adde*, S. GUINCHARD, F. FERRAND, *Procédure civile, Droit interne et droit communautaire*, Paris, Dalloz, coll. Précis droit privé, 28^{ème} éd., 2006, n° 695 et s., pp. 601 et s.).

clôture des débats, entre les magistrats³⁹. Nous voici arrivés bien loin de la conception classique représentant l'activité juridictionnelle sous la forme d'un syllogisme.

20. Et pourtant, il faut se garder de conclure à l'« inanité » ou l'irréalisme du syllogisme juridique. Car qu'est-ce le syllogisme juridique ? Le syllogisme juridique, comme tout autre syllogisme, est un schéma de raisonnement obéissant à une loi de logique formelle⁴⁰. Ce schéma assure la correction formelle du raisonnement. Autrement dit, il assure la *validité* du raisonnement du point de vue de sa forme, indépendamment du *contenu* de ses prémisses⁴¹. Le syllogisme garantit la solidarité entre les prémisses et la conclusion. Il nous assure que *si* les prémisses du raisonnement sont exactes, *alors* nécessairement la conclusion le sera aussi. Que les détracteurs du syllogisme juridique nous apprennent alors comment correctement appliquer une règle de droit à un cas particulier, sans obéir au schéma syllogistique⁴² ! En appliquant une règle de droit aux faits d'un cas d'espèce, on ne peut pas ne pas faire un syllogisme, sauf à raisonner faux.

21. Mais nous venons de dire, il y a quelques instants, que le cheminement de la pensée vers la solution d'un litige ne se déroulait nullement de façon syllogistique. Ne sombrons-nous pas, dès lors, dans la plus profonde contradiction ? Il n'en est rien. Revenons tout de suite à cette distinction essentielle entre, d'une part, le raisonnement de découverte et d'élaboration d'une solution et, d'autre part, le raisonnement de justification de la solution découverte. Le syllogisme juridique n'intervient qu'au stade avancé de l'explication ou de la justification de la solution du litige. Et, à ce titre, il représente un mécanisme de démonstration formelle de l'exactitude de la solution. Par conséquent, il *justifie* le

³⁹ « [L]a collégialité est peut-être l'exemple le plus probant du fait que la controverse reste à la base de toute élaboration juridique » (R. PERROT, « Rapport de synthèse », in *La logique judiciaire, op. cit.*, n° 6, p. 140).

⁴⁰ En ce sens, v. R. BLANCHÉ, *Introduction à logique contemporaine*, Paris, Armand Colin, coll. Cursus, 1996, pp. 11 et s.

⁴¹ Robert BLANCHÉ nous rappelle ainsi qu'« *il ne faut pas confondre la validité d'un raisonnement avec la vérité des propositions qui le composent* ». Ainsi, un raisonnement peut être valide « *indépendamment de la vérité de sa matière, c'est-à-dire de son contenu* » (*ibid.*, p. 10). Pour une illustration de la dissociation entre la validité du raisonnement et le contenu des prémisses, v. *infra*, n°. Adde, J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique, op. cit.*, p. 145 ; P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, n° 247, p. 360.

⁴² Il est, cependant, possible, sans raisonner faux, de taire l'une des prémisses du syllogisme, telle, par exemple, la prémisses majeure. Le syllogisme n'en resterait pas moins valide. Par exemple, on pourrait dire : « le cycliste a causé par sa faute un dommage en blessant un piéton dans le parc. Donc, le cycliste doit réparation ». Un tel syllogisme qui tait l'une de ses prémisses est appelé *enthymème* (en ce sens, v. O. REBOUL, *Introduction à la rhétorique*, Paris, PUF, col. Premier cycle, 3^{ème} éd., 1998, v. le mot « enthymème » dans le glossaire, p. 238)

raisonnement de la décision judiciaire d'un *point de vue formel*. Il s'agit, comme d'autre l'ont remarqué avant nous, d'un « *mécanisme formel de contrôle* » de la décision⁴³.

22. Il ne faut donc pas demander au syllogisme plus qu'il ne peut. Or, ainsi que nous venons de le dire, le syllogisme juridique ne peut assurer que la *correction formelle* du raisonnement appliquant une règle de droit à un cas particulier. Par contre, il n'affecte en rien le contenu des prémisses mises en œuvre. Il n'a donc aucune incidence sur la *correction matérielle* du raisonnement. Ce qui explique, qu'il est possible de faire des raisonnements formellement corrects concluant à des aberrations. « *La validité de la déduction, écrit très justement un auteur, est indépendante de la valeur des propositions que la déduction met en œuvre* »⁴⁴. Qu'il nous suffise, pour illustrer, de rappeler « l'histoire du bon cheval bon marché »⁴⁵. « Tout ce qui est rare est cher », affirme la majeure. « Or, un bon cheval bon marché est rare », ajoute la mineure. « Donc, un bon cheval bon marché est cher », déduit la conclusion. En l'occurrence, ce raisonnement est valide du point de vue de sa forme. Mais il est erroné en raison du contenu des prémisses, c'est-à-dire du point de vue de la matière. Il n'est tout simplement pas exact que tout ce qui est rare est toujours cher ou bien encore qu'un cheval bon marché est nécessairement rare⁴⁶. En l'espèce, l'inexactitude des prémisses implique l'absurdité de la conclusion.

23. Que peut dès lors le syllogisme juridique ? Le syllogisme juridique peut justifier du point de vue de sa validité formelle le raisonnement appliquant une règle de droit à un cas particulier. Ce constat nous conduit, en particulier, à nuancer la critique classique du syllogisme régressif. En effet, il faut savoir que du point de vue de la validité formelle du raisonnement, « *l'ordre des prémisses est indifférent* »⁴⁷. Le fait de construire un syllogisme

⁴³ F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation, op. cit.*, n° 29, p. 42. Adde, F.-M. SCHROEDER, *Le Nouveau style judiciaire, op. cit.*, n° 4, p. 120 ; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Droit civil, Introduction générale, op. cit.*, n° 56, p. 43.

⁴⁴ F.-M. SCHROEDER, *Le Nouveau style judiciaire, op. cit.*, n° 6, p. 89.

⁴⁵ En ce sens, v. O. REBOUL, *Introduction à la rhétorique, op. cit.*, pp. 108-109.

⁴⁶ En ce sens, v. *ibid.* L'inexactitude des prémisses résulte en l'espèce de ce que l'on affirme comme des vérités universelles des propositions qui ne sont que probables. Il est probable qu'une chose rare soit chère et qu'un bon cheval bon marché soit rare. Il n'en est pas toujours ainsi, par exemple, en cas d'erreur sur les qualités de l'animal aboutissant à vendre à bas pris un excellent étalon.

⁴⁷ M. GEX, *Logique formelle*, préface F. GONSETH, Neuchâtel, Éditions du Griffon, 3^{ème} éd., 1968, n° 52, p. 101. Adde, R. PERROT, « Rapport de synthèse », *art. préc.*, n° 22, p. 148 : « *On a parfois tendance à [...] soutenir que le juge considère d'abord la conclusion pour se justifier ensuite. Mais quand on y réfléchit, on s'aperçoit que les principes de la logique formelle n'en sont pas moins respectés* ».

d'une manière régressive ne porte donc nullement atteinte à la validité du raisonnement syllogistique⁴⁸. Qu'est-ce que le syllogisme ne peut pas ? Il ne permet pas de rendre compte de la démarche effectivement suivie par le magistrat (le raisonnement heuristique), ni même par quiconque est appelé à appliquer une règle de droit. De plus, il n'assure en rien la correction matérielle du raisonnement, c'est-à-dire l'acceptabilité du contenu des propositions enchaînées.

24. Il n'en reste pas moins vrai que le syllogisme juridique demeure le cœur ou, plus exactement, l'*objectif* de la réalisation du droit. Car le juge est tenu par cette exigence, fondamentale à tout État de droit, de trancher le litige conformément à la règle de droit qui lui est applicable (article 12 NCPC). Or, pour remplir correctement cette obligation, le juge doit raisonner correctement. Il est donc obligé de faire un syllogisme.

25. La troisième critique du syllogisme, celle de son insuffisance, s'avère néanmoins fondée. La déduction syllogistique ne saurait, en effet, guère rendre compte aussi bien de la méthode heuristique que de la méthode de justification des solutions⁴⁹. Car avant de déduire quoi que ce soit, il faut, bien évidemment, avoir correctement établi les prémisses du raisonnement. Il s'ensuit que « *le problème de la rectitude des prémisses est premier par rapport à la correction formelle de la déduction* »⁵⁰. MOTULSKY n'en disconvient certainement pas, puisqu'il écrivait lui-même que « *c'est, à tout prendre, la découverte des termes du syllogisme juridique qui constitue l'objectif propre d'une réalisation méthodique du droit* »⁵¹. Mais il faut, aussitôt, ajouter que le choix des prémisses du syllogisme ne se

⁴⁸ Reprenons, pour illustrer, notre exemple sur la responsabilité du cycliste en vertu de l'article 1382 du Code civil. Que l'on forme un syllogisme ordonné comme dans l'illustration que nous avons déjà proposée (v. *supra*, n° 10), passant de la majeure à la mineure, puis à la conclusion ou que l'on change cet ordre, cela ne change strictement rien sur le plan de la correction formelle de la déduction. On pourrait tout aussi bien affirmer « Le cycliste (M. Paul) est obligé de réparer le dommage ». « En effet, il a commis une faute en roulant dans un parc en dépit de l'interdiction faite aux cyclistes et il a causé un dommage à un piéton suite à cette faute ». « Or, si un dommage est survenu et si une personne a commis une faute et si cette faute a causé le dommage, alors l'auteur de la faute est obligé de réparer ce dommage ».

⁴⁹ En ce sens, v. H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, op. cit., n° 49, p. 48 : « Il est évident que la déduction syllogistique ne peut suffire, ni pour élaborer le Droit, ni pour déterminer le contenu de ses règles, ni, enfin, pour fournir, toute faite, la solution des conflits ».

⁵⁰ P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, op. cit., n° 247, p. 360 (déjà en italique dans le texte).

⁵¹ H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, op. cit., n° 16, p. 18.

réalise, quant à lui, nullement de façon déductive⁵². On est donc bien obligé de reconnaître qu'une très grande partie du raisonnement d'application du droit se déroule *avant* et « *en dehors des cadres* » du syllogisme juridique⁵³. Disons que la construction d'un syllogisme demeure, certes, l'objectif du raisonnement du magistrat. Mais cette construction elle-même ne relève pas de la logique déductive.

26. Puisque le choix des prémisses du syllogisme juridique ne relève pas de la déduction et puisque l'établissement de ces prémisses représente l'objectif d'une réalisation méthodique, l'interrogation fondamentale de la méthodologie descriptive de la réalisation du droit est de savoir par quelles méthodes, s'il en existe, les prémisses du syllogisme juridique sont effectivement élaborées par les magistrats. Or, comme le syllogisme comporte deux sortes de prémisses – la mineure et la majeure –, la méthodologie d'application du droit devra s'intéresser aussi bien aux méthodes d'établissement de la mineure qu'aux méthodes d'établissement de la majeure des syllogismes juridiques.

27. Nous avons déjà remarqué que la prémisses mineure d'un syllogisme se décompose en deux aspects : d'une part, l'établissement des faits et, d'autre part, la qualification de ces faits⁵⁴. Ainsi, avant de qualifier tel comportement « vol », l'on est bien obligé d'établir, par exemple, que tel individu est entré par effraction dans une maison pour y dérober des bijoux. De même, avant que de qualifier un comportement « faute », il faudra, par exemple, établir qu'un cycliste a roulé dans un parc en dépit de l'interdiction faite aux cyclistes d'y accéder.

28. Délaissant le terrain des faits, notre thèse aura essentiellement trait aux méthodes d'établissement de la majeure du syllogisme juridique. C'est pourquoi nos recherches ne s'intéresseront pas aux raisonnements effectués par les magistrats pour établir les faits d'un litige. Pas plus ne porteront-elles sur les règles de preuve gouvernant l'établissement de ces faits ainsi que sur les charges processuelles incombant aux parties sur le plan factuel⁵⁵. Et

⁵² En ce sens, v. J. GHESTIN, G. GOUBEUX, M. FABRE-MAGNAN, *Droit civil, Introduction générale*, *op. cit.*, n° 57, p. 43 ; F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, *op. cit.*, n° 29, pp. 43-44.

⁵³ F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, *op. cit.*, n° 29, p. 44.

⁵⁴ *Supra*, n° 11.

⁵⁵ Nous pensons, en particulier, à la charge de l'allégation des faits (art. 6 NCPC : « À l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à les fonder » ; *adde*, art. 7 NCPC) et à la charge de la preuve (art. 9 NCPC : « Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention »). On le sait, la distinction entre ces deux charges processuelles se justifie par cette considération que le demandeur qui manque d'alléguer les « faits concluants » au regard de sa

même en ce qui concerne l'établissement de la prémisse majeure du syllogisme juridique, notre démarche ne sera pas celle d'un processualiste. Les règles procédurales restreignant les pouvoirs du juge dans la détermination de la règle de droit applicable ne seront donc pas non plus examinées⁵⁶.

29. De plus, la délimitation inévitable de nos recherches nous conduira à cantonner celles-ci au raisonnement judiciaire. Aussi bien nous intéresserons-nous aux seuls raisonnements tenus par des juges appartenant à l'ordre judiciaire, par opposition aux juges de l'ordre administratif. Autrement dit, nous n'examinerons que des décisions issues de la Cour de cassation et non des arrêts du Conseil d'État. Il est vrai, toutefois, ainsi que nous l'expliquerons plus tard, que notre regard portera également sur certaines décisions anglaises et communautaires.

30. Ce sont les méthodes d'établissement de la majeure du syllogisme juridique qui retiendront essentiellement notre attention. Par conséquent, nos recherches porteront sur des raisonnements qui ont lieu *avant* la déduction syllogistique. Il est vrai que MOTULSKY – encore lui – a déjà largement rendu compte de la « *recherche des termes du syllogisme*

prétention, doit succomber dans sa demande sans que la question de la preuve ait à se poser (H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, *op. cit.*, n° 86, p. 88). A l'opposé, le défendeur qui manque de contester les faits concluants allégués par le demandeur au regard de la règle de droit applicable doit à son tour succomber indépendamment des questions de preuve (*ibid.*, n° 109, p. 118).

⁵⁶ Les restrictions procédurales imposées au raisonnement du juge ont conduit François RIGAUX à distinguer entre le « *raisonnement juridique* » et le « *raisonnement judiciaire* » (*La nature du contrôle de la Cour de cassation*, *op. cit.*, n° 25 et s., pp. 35 et s., spéc. n° 46, p. 71). Le raisonnement juridique est le raisonnement pratiqué par l'avocat, le notaire ou encore le fonctionnaire appelé à appliquer des règles de droit. Il ne connaît d'autres limites que celles imposées par les données de fait et les prescriptions de la loi. Différent est le raisonnement judiciaire parce que celui-ci est inséré dans les limites du débat judiciaire. En ce qui concerne la détermination de la règle de droit applicable, ces limites résultent essentiellement du *principe dispositif*. Suivant ce principe, il appartient aux parties, d'une part, de déterminer elles-mêmes leurs demandes (art. 4 NCPC : « *L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties* » ; *adde*, art. 5 NCPC) et, d'autre part, de déterminer les faits du procès, c'est-à-dire d'alléguer les faits justifiant leurs demandes et de les prouver lorsqu'ils sont contestés. Il s'ensuit que le pouvoir du juge est limité d'abord par les demandes des parties qui interdisent au juge de relever d'office une autre règle de droit, mais dont l'effet juridique ne correspond pas à ce qui est demandé. De plus, le juge ne saurait fonder sa décision sur des faits qui n'ont pas été allégués par les parties (art. 7 NCPC) (sur tous ces points, v. J. HÉRON, Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 3^{ème} éd., 2006, n° 255 et s., pp. 199 et s.). Une autre limite des pouvoirs du juge dans la détermination de la règle de droit applicable découle du *principe de la contradiction* (art. 16 NCPC). Celui-ci exige du juge de « *soumettre à la discussion des parties les initiatives qu'il prend dans l'application du droit* ». (*ibid.*, n° 285, p. 215).

juridique »⁵⁷. La grande finesse de son propos mérite que l'on cite, au moins, l'intégralité du passage décrivant le point de départ de cette recherche⁵⁸ :

Une règle de Droit ne peut être déclarée « applicable » à un cas particulier que si l'une et l'autre s'intègrent dans un syllogisme juridique. Avant la formation de ce dernier, il est impossible de savoir si, en se servant d'une règle déterminée, on aboutira au résultat souhaité. Il faut donc, selon les règles de tout travail scientifique, se livrer à des *expériences* ; plus précisément, il faut partir d'une *hypothèse* et procéder à une *vérification*. Aussi la recherche des termes du syllogisme débute-t-elle par celle, non pas de la règle « applicable », but trop ambitieux, mais d'une règle « paraissant de nature à pouvoir s'appliquer » ; nous l'appellerons, dès lors, la règle « possible ».

31. Avant de savoir si une règle de droit est applicable à un cas particulier, il faut, nous dit l'auteur, faire des *hypothèses*. Or, qu'est-ce une hypothèse ? Une hypothèse n'est rien d'autre qu'une « *conjecture douteuse, mais vraisemblable, par laquelle l'imagination anticipe sur la connaissance, et qui est destinée à être ultérieurement vérifiée* »⁵⁹. Plus simplement, il s'agit d'« *un énoncé que l'on soumet à un examen* »⁶⁰, d'« *une idée anticipée* »⁶¹. Conformément à ces définitions, MOTULSKY explique donc que l'application d'une règle de droit à un cas particulier commence par l'anticipation d'une règle possible, qui n'est, à ce stade, rien d'autre qu'une conjecture ou un énoncé que l'on soumet à un examen. Comment débusque-t-on alors une telle hypothèse ?

32. C'est le « *flair* » du juriste, sa « *vue spontanée d'ensemble, qui caractérise, dans tous les domaines, la réaction première du professionnel averti* », qui lui fait « *pressentir* » l'hypothèse⁶². Pour nommer « *ce phénomène psychologique* » désignant « *la réaction de l'esprit juridique devant l'amas des faits* », notre auteur emploie le terme de « *syncrétisme* ».

⁵⁷ H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, op. cit.*, n° 51, p. 50.

⁵⁸ *Ibid.*, n° 54, p. 52.

⁵⁹ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie, op. cit.*, v° « Hypothèse ».

⁶⁰ C. HEMPEL, *Éléments d'épistémologie*, titre original, *Philosophy of natural science* [1966], traduit de l'anglais par B. SAINT-SERNIN, Paris, Armand Collin, coll. Cursus, 2^{ème} éd., 2^{ème} tirage, 2000, p. 29.

⁶¹ C. BERNARD, *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale* [1865], préface F. DAGOGNET, Paris, Flammarion, 1984, p. 65.

⁶² H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, op. cit.*, n° 55, p. 53.

juridique »⁶³. Mais la description des méthodes de découverte des prémisses du syllogisme juridique ne s'en tient pas à cette démarche intuitive. Au-delà de l'intuition, MOTULSKY conseille d'autres manières de conduire la pensée.

33. Pour lui, « *la réalisation méthodique du Droit [...] a son point de départ dans la conclusion à atteindre* »⁶⁴. En d'autres mots, le raisonnement de recherche de la prémisse majeure partira de la « *question [qui] est posée au juge* »⁶⁵. Que veut obtenir la partie qui a saisi le juge ? Cherche-t-elle, par exemple, à « obtenir de l'argent », à « sortir d'un contrat », à « quitter son conjoint » ? C'est cette « *prétention de fait* » qui doit constituer le point de départ de la recherche méthodique⁶⁶. Elle fera d'abord l'objet d'une qualification juridique : des « dommages-intérêts » sont réclamés, « l'annulation » d'un contrat est envisagée, un « divorce » est demandé. Cette qualification opérée, il s'agit ensuite de déterminer les règles dont l'effet juridique correspond à cette prétention. Mais comme il est prévisible que plus d'une, voire, une foule de règles énonceront ledit effet juridique, il faudra les trier. Ce tri s'effectuera à travers un premier examen plus ou moins vague des éléments de fait et des règles dont les présuppositions semblent désigner ces éléments. Lors de cette opération de tri, les classifications de règles faciliteront la quête d'une hypothèse (p. ex. la classe des règles relatives aux « contrats », aux « quasi-contrats », aux « délits », au « droit de la famille », etc.)⁶⁷. La recherche à l'intérieur de ces groupes de règles se fera alors par « *cercles concentriques, qu'il faut resserrer de plus en plus, en ayant soin d'avoir toujours égard au "cas particulier", auquel la règle à choisir doit correspondre* »⁶⁸.

34. Lorsqu'une règle précise – possiblement applicable – a ainsi pu être dénichée, il faut, suivant MOTULSKY, se livrer à la « *vérification de l'hypothèse* »⁶⁹. Sans entrer dans le détail de cette vérification, remarquons simplement qu'elle consiste à contrôler si le cas particulier comporte les éléments de fait décrits abstraitement dans la présupposition. Or, pour constater

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Ibid.*, n° 138, p. 155. V. égal. n° 57, p. 55.

⁶⁵ *Ibid.*, n° 57, p. 54.

⁶⁶ *Ibid.*, n° 57, p. 55.

⁶⁷ *Ibid.*, n° 59, pp. 56-57.

⁶⁸ *Ibid.*, n° 56, p. 54.

⁶⁹ *Ibid.*, n° 60, p. 60.

ou réfuter cette « *coïncidence* »⁷⁰, il convient de faire à la fois l'« *analyse* » du présupposé de la règle, c'est-à-dire des concepts qui le composent⁷¹, ainsi que l'analyse des éléments de fait du cas particulier⁷². Par la suite, il s'agira de faire la « *comparaison des résultats auxquels ces recherches auront abouti* »⁷³. En résumé, on peut donc dire que, pour MOTULSKY, la vérification de l'hypothèse se fait par la *double analyse* du présupposé de la règle et du cas particulier ainsi que par la *comparaison* des deux résultats obtenus.

35. En dépit de sa grande finesse, l'analyse motulskienne nous paraît cependant critiquable. On peut d'abord reprocher à cette méthode de découverte de la règle applicable par le juge⁷⁴ d'être « *un peu trop désincarnée, un peu trop “cérébrale”* »⁷⁵. Le magistrat, nous l'avons dit, ne se retrouve guère seul devant le « *“magma” des faits* »⁷⁶ du cas particulier, pour se lancer ensuite, d'une manière toute aussi esseulée, à la recherche de la règle possible. Le plus souvent, les éléments du litige, qu'ils soient de fait ou de droit, sont déjà élaborés par les représentants des parties. De plus, la construction du syllogisme final par le juge sera précédée d'un débat contradictoire lors duquel les parties au procès proposeront au magistrat des syllogismes servant leurs propres prétentions, de même qu'elles tenteront de réfuter ceux de la partie adverse. Malgré cette critique, il faut tout de même rendre justice à notre auteur et reconnaître que son analyse, à défaut de vraiment rendre compte des méthodes prétoriennes de découverte des prémisses du syllogisme, a au moins l'avantage de nous suggérer comment elles pourraient être trouvées par un juriste travaillant seul. Or, comme nous le rappelle François RIGAUX, c'est l'avocat qui est « *en toute matière* », « *le premier juge de la cause* »⁷⁷ et qui, en conséquence, se retrouvera à travailler seul.

⁷⁰ *Ibid.*, n° 60, p. 59.

⁷¹ *Ibid.*, n° 61, p. 60.

⁷² *Ibid.*, n° 65, p. 63.

⁷³ *Ibid.*, n° 60, p. 59.

⁷⁴ Cette description de la méthode de recherche de l'hypothèse concerne bien celle que devrait pratiquer ou que pratique le juge (en ce sens, v. par ex., n° 55, p. 53 : « *le juge saisi de ce cas “particulier” se demande quelle est la règle de Droit applicable* »).

⁷⁵ E. PUTMAN, « Le “synchrétisme” dans la réalisation du droit d'après Henri Motulsky », *R.R.J.* 1992.4.956. Adde, F.-M. SCHROEDER, *Le Nouveau style judiciaire, op. cit.*, n° 6, p. 112 : « *C'est une erreur souvent commise que d'imaginer que le jugement s'élabore dans le silence du cabinet du juge, œuvrant comme un savant dans son laboratoire* ».

⁷⁶ H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, op. cit.*, n° 51, p. 50.

⁷⁷ F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation, op. cit.*, n° 25, p. 35.

36. Tout en restant très mesuré, on peut encore faire grief à MOTULSKY d'avoir ignoré (presque) tous les problèmes juridiques qu'une tentative de construction d'un syllogisme peut faire naître⁷⁸. Comment s'y prendre, par exemple, quand la règle de droit applicable est obscure, quand il n'y en a pas ou quand il y en a plusieurs ? Que faire quand les concepts de la règle ne sont pas assez précis pour opérer, sans hésiter, la qualification des faits ? Dans ces cas, l'« analyse » des règles, même poussée « *jusque dans les derniers retranchements* », ne pourra guère donner quelques résultats⁷⁹. À vrai dire, ces problèmes ne viennent à se poser que parce que l'analyse n'a pas permis de les éviter.

37. On ne peut, toutefois, tenir rigueur à MOTULSKY d'avoir exclu certaines difficultés du champ de ses investigations. Après tout, le chercheur est libre de délimiter son sujet. Il y est même obligé, s'il souhaite qu'un jour sa recherche aboutisse. Cette autolimitation légitime de son objet d'étude ne justifie pas, toutefois, une autre restriction que MOTULSKY impose – au-delà de son sujet – à la méthodologie de la réalisation du droit dans son ensemble. Pour l'auteur, l'interprétation du droit au sens large, c'est-à-dire la détermination du sens des énoncés de normes, ainsi que la création de règles nouvelles, ne relèvent pas de la méthode, en général, ni même de la méthode de la réalisation du droit, en particulier. La méthode « *ne donne de directives que quant à l'utilisation de la matière juridique : elle ne crée pas celle-ci et même se désintéresse aussi bien de la façon dont s'est faite cette création que de son résultat. Elle enseigne l'art de se servir des moules dans lesquels est coulée la matière : elle ne les fournit pas ; et encore moins est-elle responsable de leur contenu. Or, s'il y a un danger, il ne réside point, à coup sûr, dans un excès de discernement : c'est au législateur qu'il incombe d'être vigilant quand il crée les moules ; à l'interprète, lorsqu'il veut les remplir. La méthode de la réalisation n'a rien à voir dans ces problèmes* »⁸⁰.

38. Ainsi, suivant notre auteur, la méthode de la réalisation du droit n'a rien avoir avec les problèmes d'interprétation et de création du droit. La méthode se limiterait à la seule

⁷⁸ Il est exact que MOTULSKY mentionne, sans toutefois en développer les méthodes de solution, le problème « *du "concours" entre plusieurs règles "possibles"* » (*Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, *op. cit.*, n° 59, p. 57 et n° 69, p. 68).

⁷⁹ Les expressions sont empruntées à *ibid.*, n° 64, p. 63.

⁸⁰ *Ibid.*, n° 4, pp. 4-5, (nous soulignons). Il est exact que MOTULSKY réserve expressément cette définition de l'objet de la méthode à la méthode de la réalisation. Cependant, par la suite il tiendra exactement le même propos au regard de la méthode en général (en ce sens, v. n° 49, p. 48 et n° 61, p. 61).

déduction syllogistique⁸¹. Partant, la résolution de tous les problèmes pouvant survenir lors d'une tentative de construction d'un syllogisme en serait bannie. Pareille exclusion nous semble inacceptable. D'abord, on ne saurait déclarer, sans se contredire, que c'est « la découverte des termes du syllogisme juridique *qui constitue l'objectif propre d'une réalisation méthodique du droit* »⁸², tout en excluant aussitôt cette recherche du champ de la méthode. De plus, que l'on se tourne du côté de la méthodologie descriptive ou de la méthodologie normative, cette exclusion est encore incompatible avec la finalité des préoccupations méthodologiques. À juste titre, MOTULSKY écrivait que quand le droit « *renonce aux critères objectifs, il se renie lui-même : sombrer dans le subjectivisme quand il s'agit du Droit, c'est laisser libre cours à l'arbitraire* »⁸³. L'auteur a mille fois raison. L'objectif impérieux de la méthodologie de la réalisation du droit est de combattre l'arbitraire du décideur.

39. Cet objectif de lutte contre l'arbitraire est, bien sûr, celui de la méthodologie normative, puisqu'elle apprend au magistrat la manière dont il *doit* conduire sa pensée afin de justifier, au mieux possible, la solution qu'il donne aux problèmes qui lui sont posés. À cet égard, il apparaît néanmoins que le syllogisme n'est pas un instrument suffisant pour combattre l'arbitraire dès lors que ses prémisses peuvent ne pas avoir été établies de façon rationnelle⁸⁴. Il en va de même lorsque l'on se tourne du côté de la méthodologie descriptive de la réalisation du droit. Négliger l'étude des méthodes effectivement mises en œuvre par les magistrats pour poser les prémisses de leurs syllogismes conduit à laisser dans l'ombre la partie *essentielle* de leur travail⁸⁵. Il s'ensuivrait que nous ne serions pas à même de nous prononcer sur les manières de penser effectivement pratiquées par nos magistrats pour résoudre les questions naissant à l'occasion de l'application des règles de droit. Dit crûment,

⁸¹ Il n'y a aucun doute sur cette limitation de l'objet des méthodes de la réalisation du droit dans la pensée de l'auteur. Celui-ci écrit, en effet, que la méthode « *organise la matière ; elle ne la construit pas. Il ne s'agit plus, ici, du contenu du Droit, ni de la légitimité sociale d'une solution : il s'agit uniquement de la façon de conduire la pensée* », (*ibid.*, n° 49, p. 48).

⁸² *Ibid.*, n° 16, p. 18. Sur ce point, v. déjà *supra*, n° 25.

⁸³ *Ibid.*, n° 4, p. 4.

⁸⁴ Sur l'indépendance du contenu des prémisses par rapport à la validité formelle du raisonnement, v. *supra*, n° 22.

⁸⁵ En ce sens, v. F.-M. SCHROEDER, *Le Nouveau style judiciaire*, *op. cit.*, n° 7, p. 90 : « *aussi le travail du juge ne se borne-t-il pas à faire jouer correctement un mécanisme fort simple au demeurant [celui de la déduction syllogistique], il consiste avant tout à établir les prémisses grâce auxquelles le mécanisme sera mis à même de fournir un résultat exact. Et assurément, ce travail-là est fort délicat* ».

nous ne saurions rien de la rationalité inhérente ou non à la mise en œuvre du droit. Par la suite, n'en sachant rien, nous ne serions pas à même de combattre un quelconque arbitraire.

40. Un illustre prédécesseur de MOTULSKY, Raymond SALEILLES, avait déjà très clairement formulé toute la difficulté qui nous préoccupe⁸⁶ :

Nous ne voulons pas de l'arbitraire du juge. Nous n'en voulons à aucun prix. Et cependant nous voulons, lorsque la loi ne commande pas avec une certitude impérative, que le juge puisse marcher avec son temps, qu'il puisse tenir compte des coutumes et des usages qui se créent, des idées qui évoluent, des besoins qui sollicitent une solution de justice. Contradiction angoissante et terrible, au premier abord ! Comment la résoudre ?

41. Dans sa parodie acerbe de la justice, RABELAIS résolvait cette difficulté à travers le personnage grotesque du juge *Bridoye* tranchant les litiges par le sort du dé judiciaire⁸⁷ :

- Cela faict (demandoit Trinquamelle), comment sententiez vous, mon amy ?
- Comme vous aultres, messieurs, respondi Bridoye : pour celluy je donne sentence du quel la chance livrée par le sort du dez judiciaire, Tribunian, praetorial, premier advient.

42. Voici donc formulée toute la problématique à laquelle notre propre recherche veut répondre. Le juge, nous dit l'article 4 du Code civil, ne peut refuser de juger « *sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi* ». Mais alors, comment le magistrat s'y prend-il lorsque la loi, précisément, est insuffisante – et l'on pense aussitôt au « comment sententiez-vous » rabelaisien ? Lorsqu'un problème d'obscurité de la loi, de conflit de lois, de lacune ou de qualification se pose, le juge résout-il ce problème de façon méthodique ou bien

⁸⁶ R. SALEILLES, « Allocution », in *Les méthodes juridiques, Leçons faites au Collège libre des sciences sociales en 1910*, par F. LARNAUDE, H. BERTHÉLEMY, A. TISSIER, H. TRUCHY, E. THALLER, PILLET, E. GARÇON, F. GÉNY, Paris, V. Giard & E. Brière Libraires-Éditeurs, 1911, p. XXII. Dans le même sens, l'on peut citer Pierre HÉBRAUD : « *Quand on se trouve [...] en face d'un corps de règles aussi indubitable et majestueux que le Code civil, la difficulté se transforme, et prend une importance pratique considérable : comment découvrir, entre toutes ces dispositions, celle qu'il convient au rôle de majeure dans un syllogisme hypothétique ? Comment choisir entre des dispositions différentes, incompatibles ou contradictoires ? Comment discerner si l'absence de règle est une simple lacune, susceptible d'être comblée par le juge, ou a une valeur prohibitive ? Comment opter entre les diverses figures interprétatives qui se partagent l'application d'un texte ? La jurisprudence fournit maints exemples de ce genre de problèmes* » (HÉBRAUD, « Rapport introductif », art. préc., p. 30).

⁸⁷ F. RABELAIS, *Le tiers-livre* [1552], Paris, Éditions du Seuil, Points, Texte original et translation en français moderne, édition établie, annotée et préfacée par G. DEMERSON, 1997, chapitre XXXIX, p. 376.

les solutions qu'il retient sont-elles le résultat de processus obscurs et insondables – et c'est la question de l'existence ou non du coup de « dez judiciaire » ?

43. Toutes les questions ci-dessus ont trait au raisonnement juridique et aux méthodes que le juge met en œuvre pour résoudre certains problèmes. Ce constat nous inspire une réflexion qui, à son tour, nous paraît fondamentale. Qu'est-ce, en effet, le raisonnement juridique ? D'une manière tout à fait générale, le raisonnement juridique a pour objet des *problèmes*. Comme l'écrivait Michel VILLEY, la recherche du droit « *a pour matière des "problèmes"* »⁸⁸. Le raisonnement juridique est tout orienté vers la résolution de problèmes – *problemorientiertes Denken*, diraient les Allemands⁸⁹. Or, un problème n'est rien d'autre qu'une « *question à résoudre* »⁹⁰. Et juger revient, ce nous semble, à rien d'autre que de répondre à des questions⁹¹. Qu'un plaideur réclame, par exemple, au juge des dommages-intérêts et il appartient à ce dernier de répondre à la question de savoir s'il y a droit ou non. Que la règle de droit, pour une raison ou une autre, s'avère insuffisante pour statuer sur cette prétention, et il incombe au magistrat de résoudre le problème de droit ainsi posé. Qu'un doute se fasse jour sur les faits de nature à justifier cette prétention au regard de la règle, et le juge doit alors répondre à l'interrogation factuelle soulevée.

44. Nous disions plus haut que notre recherche se limiterait aux méthodes d'établissement de la majeure du syllogisme juridique⁹². Plus précisément ajouterons-nous désormais, notre thèse aura trait à la résolution des problèmes liés à l'établissement de la prémisses majeure du

⁸⁸ M. VILLEY, « Liminaire : Données historiques », in *La logique du droit*, in *La logique du droit*, A.P.D., N° 11, 1966, p. XII. Plus précisément, l'auteur écrivait que « *la recherche du droit [...] a pour matière des "problèmes"*, c'est-à-dire la confrontation d'opinions contradictoires ».

⁸⁹ En ce sens, E. J. LAMPE, « Problemanalyse als Grundlage de juristischen Argumentation (juristische Aporetik) », in *Le raisonnement juridique*, Actes du congrès mondial de philosophie du droit et de philosophie sociale, H. HUBIEN (actes publiés par), Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 72.

⁹⁰ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit., v° « Problème » : « *Se dit généralement de toute question, surtout d'ordre spéculatif, mais même aussi d'ordre pratique* » ; *Trésor de la langue française informatisé (Tlfi)*, CNRS Éditions, <http://atilf.atilf.fr/tlf.htm>, v° « Problème » : « *Question à résoudre par des méthodes rationnelles ou scientifiques. Synon. question* ».

⁹¹ A cet égard, il est tout à fait instructif d'observer les expressions couramment utilisées dans le discours doctrinal. Ainsi, nous parle-t-on, par exemple, de « *ces juridictions, divisées en de nombreuses chambres, [qui] ont des juges spécialisés dans l'étude de certaines questions* » (R. DAVID, *Le droit français*, t. 1, *Les données fondamentales du droit français*, Paris, LGDJ, Les systèmes de droit contemporains, 1960, p. 166) ou de « *l'arrêt rendu par la Cour de cassation [qui] se limite au jugement de la seule question de droit posée par le procès* » (J. BORÉ, L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, Paris, Dalloz, coll. Dalloz Action, 3^{ème} éd., 2003, n° 60.01).

⁹² V. *supra*, n° 28.

syllogisme⁹³. En effet, il se peut que la règle, paraissant de nature à pouvoir s'appliquer, ne soit pas assez précise pour opérer la qualification des faits⁹⁴ ou bien qu'elle soit obscure en ce sens qu'une même expression soit susceptible de plusieurs significations. Il se peut aussi qu'une disposition entre en conflit avec une autre règle qui se veut également applicable ou bien encore qu'aucune règle de droit ne semble régir le cas particulier.

45. Si curieux que cela puisse paraître, la littérature juridique ne s'est pas vraiment intéressée aux méthodes de résolution des problèmes de droit. D'une manière plus générale même, la recherche méthodologique n'a guère suscitée d'intérêt dans l'hexagone, surtout en ce qui concerne la décision judiciaire⁹⁵, du moins jusqu'à une époque très récente⁹⁶. Certes, il existe d'innombrables ouvrages sur l'interprétation juridique⁹⁷, et d'autres, moins nombreux, sur la qualification⁹⁸. Plusieurs études ont eu pour objet le style des décisions judiciaires⁹⁹,

⁹³ En première partie de thèse nous distinguerons entre quatre types de problèmes juridiques : le problème de qualification, le problème d'obscurité de la loi, le problème de conflit de lois et le problème de lacune de la loi (v. *infra*, n° 271 et s.).

⁹⁴ La qualification des faits relève certes de l'établissement de la mineure du syllogisme juridique, mais le problème de qualification peut s'expliquer par une insuffisance de la majeure du syllogisme.

⁹⁵ C. ATIAS, « Réflexions sur les méthodes de la science du droit », *D. chr.* 1983, n° 1, p. 145 : « *Tout semble se passer comme si la science du droit était une science sans méthode. Les juristes français, pour la plupart d'entre eux, se désintéressent des aspects méthodologiques de leur discipline* ».

⁹⁶ Deux ouvrages récents viennent s'inscrire résolument dans domaine de la méthodologie du droit. Il s'agit de *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, col. Thémis droit privé, 2001, écrit par J.-L. BERGEL et de *Le raisonnement juridique*, Paris, PUF, col. Thémis droit privé, 2001, dû à M.-L. MATHIEU-IZORCHE. L'on pourrait ajouter la collection d'articles contenue dans *Juges et jugements : l'Europe plurielle, L'élaboration de la décision de justice en droit comparé*, Colloque organisé par l'Institut de droit comparé de Paris et l'École nationale de la magistrature, les 5 et 6 mai 1997 (Paris II), Société de droit comparé, 1998. Les mêmes articles figurent dans *R.I.D.C.* 1998.3.755. Un précurseur, en la matière, fut F. GORPHE, *Les décisions de justice, Étude psychologique et judiciaire*, Paris, PUF, 1952.

⁹⁷ Sans prétendre à la moindre exhaustivité nous citerons simplement F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, t. 1 et 2, préface R. SALEILLES, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 1919, Reprint 1996; du même auteur, *Science et technique en droit privé positif*, t. 1-4, Paris, Sirey, 1922-1924 ; *L'interprétation dans le droit*, in *A.P.D.*, N° 17, 1972; M. VAN DE KERCHOVE (sous la dir. de), *L'interprétation en droit, Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1978; M. VAN DE KERCHOVE, F. OST, *Entre la lettre et l'esprit, Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989; Y. PACLOT, *Recherche sur l'interprétation juridique*, Thèse, dactyl., Paris, 1988; F. PAYCHERE (édité par), *La découverte du sens en droit*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Association française de philosophie du droit, Rencontre annuelle du 5 avril 1991, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1992; P. AMSELEK (sous la dir. de), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Aix-Marseille, Bruylant, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1995; P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, Montréal, Les éditions Thémis, 3^{ème} éd., 1999 ; B. FRYDMAN, *Le sens des lois, Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Bruylant, 2005.

⁹⁸ De même, sans aucune prétention à l'exhaustivité, nous citerons F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Paris, L.G.D.J., 1957; *La Qualification*, *Revue Droits*, N° 18, 1994; A. PAPAUX, *Essai philosophique sur la qualification juridique : De la subsomption à l'abduction, L'exemple du droit international privé*, Paris, Bruxelles, Zurich, L.G.D.J., Bruylant, Schulthess, 2003; Th. JANVILLE, *La qualification juridique des faits*, préface S. GUINCHARD, Aix-en-Provence, PUAM, 2004.

tandis que d'autres se sont penchées sur le thème de la logique et de l'argumentation juridiques¹⁰⁰. À l'heure actuelle, la discussion porte avant tout sur le thème de la légitimité de la création du droit par le juge¹⁰¹. Assurément, ces ouvrages contiennent de très précieuses indications, dont nous nous sommes largement inspirés. Mais en vain y chercherait-on une description des méthodes effectivement mises en œuvre par les magistrats pour résoudre des problèmes de droit déterminés.

46. Il existe probablement une explication très simple à ce désintérêt de la littérature juridique française pour la méthodologie de la résolution de problèmes de droit, désintérêt qui contraste singulièrement avec la profusion des *Methodenlehren* du droit allemand¹⁰². C'est que les raisonnements judiciaires pratiqués par les magistrats français sont quasiment inaccessibles à l'observateur en raison de la motivation sommaire des arrêts de la Cour de cassation. Celle-ci, quand elle tranche un problème de droit, « *procède par affirmation de principes* »¹⁰³ qu'elle pose « *pour des raisons qu'elle n'explicite pas* »¹⁰⁴. Par conséquent, à

⁹⁹ R. LINDON, *Le style et l'éloquence judiciaires*, Paris, Albin Michel, 1968; F. M. SCHROEDER, *Le Nouveau style judiciaire*, Paris, Dalloz, col. Méthodes du droit, 1978; P. ESTOUP, *La pratique des jugements en matière civile, prud'homale et commerciale, Principes et méthodes de rédaction*, Paris, Litec, 2^{ème} éd., 1990.

¹⁰⁰ H. SAINT-ALBIN, *Logique judiciaire ou traité des arguments légaux*, Paris, Jobert libraire-éditeur, 2^{ème} éd., revue, corrigée et augmentée, suivie de la *Logique de la conscience*, 1841; F. BERRIAT SAINT-PRIX, *Manuel de logique juridique, À l'usage des étudiants, des candidats d concours, des avocats, des magistrats et ceux qui traitent des questions de droit*, Paris, A. Cotillon et Cie Éditeurs, 2^{ème} éd., 1876; P. FABREGUETTES, *La logique judiciaire et l'art de juger*, Paris, LGDJ, 1914; *La logique du droit*, in *A.P.D.*, N° 11, 1966; *La logique juridique*, *Ann. de fac. de droit de Toulouse*, t. XV, 1967, Travaux du IIe colloque de philosophie de droit comparée du 26-29 septembre 1966; *La logique judiciaire*, in Travaux et recherches de la faculté de droit et sciences économiques de Paris, 5^{ème} Colloque des Instituts d'Études Judiciaires, Paris, PUF, Série droit privé, 1969; G. KALINOWSKI, *Introduction à la logique juridique, Éléments de sémiotique juridique, logique des normes et logique juridique*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de philosophie du droit, 1965; H. ABDEL-RAHMAN, *La logique des raisonnements juridiques*, thèse dactyl., Paris IV, 1975; Ch. PERELMAN, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, col. Méthodes du droit, 2^{ème} éd., 1979.

¹⁰¹ En ce sens, v. en particulier *A.P.D.*, t. 50, 2007, consacré à la « *Création du droit par le juge* »; N. MOLFESSIS (sous la dir. de), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Paris, Economica, coll. Études juridiques, 2004; W. VAN GERVEN, *La politique du juge, Essai sur la mission du juriste dans la société*, trad. par M.-F. RIGAUX et B. DEJEMEPPE, Bruxelles, Swinnen, coll. Prolegomena, 1983.

¹⁰² V. p. ex. K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, Berlin, Köln, Kohlhammer, Urban-Taschenbücher, 9^{ème} éd., 1997; K. LARENZ (begründet von), Cl.-W. CANARIS (fortgeführt von), *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, Heidelberg, New York, Springer-Verlag, Lehrbuch, 3. neu bearbeitete Auflage, 1995; E. A. KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, Bern, Stämpfli, München, Beck, 1998; R. ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre*, München, Jus Schriftenreihe, Lernbücher, Verlag C.H. Beck, 8. Auflage, 2003.

¹⁰³ A. TOUFFAIT, A. TUNC, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de cassation », *RTDciv.* 1974, n° 2, p. 489.

¹⁰⁴ *Ibid.*, n° 6, p. 492.

de rares exceptions près, l'arrêt de la Cour de cassation ne permet pas de connaître les raisonnements qui ont précédé la solution finalement retenue. L'on serait peut-être tenté de conclure de ce défaut de sources d'information que notre projet d'étude devrait être définitivement abandonné. Nous pensons qu'il n'en est rien.

47. Pour surmonter l'obstacle de la déficience des sources documentaires, nous avons simplement présumé que les conclusions ou avis d'avocats généraux, de procureurs généraux, ainsi que les rapports de conseillers rapporteurs contiennent des raisonnements exactement semblables à ceux auxquels se livrent les magistrats décideurs¹⁰⁵. De cette manière, nous nous sommes procuré une mine inépuisable d'argumentations, retraçant, d'une manière très pratique, les raisons qui ont amené les magistrats à adopter une solution plutôt qu'une autre.

48. Cette présomption nous paraît indubitablement justifiée. Elle l'est tout d'abord parce que les procureurs généraux, les avocats généraux et les conseillers rapporteurs sont *tous* des magistrats, même si les premiers sont des représentants du ministère public¹⁰⁶, tandis que les rapporteurs font partie du corps des magistrats du siège et participent, avec les juges auxquels ils s'adressent, au délibéré et donc au jugement de l'affaire¹⁰⁷. De plus, il ne serait pas concevable que ces magistrats se livrent à d'aussi subtiles argumentations, si celles-ci n'étaient pas, en même temps, de nature à emporter la conviction de ceux auxquels elles s'adressent. En d'autres mots, les raisonnements tenus par de tels magistrats sont nécessairement de la même nature que ceux auxquels se livrent les décideurs. Car, si tel n'était pas le cas, les conclusions des membres du parquet ou les rapports des conseillers

¹⁰⁵ La présomption dont il est question ci-dessus, est une présomption au sens classique du terme, c'est-à-dire d'une conséquence tirée d'un fait connu à un fait inconnu (c.f. art. 1349 Code civil). En l'occurrence, nous concluons des raisonnements tenus par les Avocats généraux, Procureurs généraux ou Conseillers rapporteurs (faits connus) aux raisonnements tenus par les magistrats décideurs (faits inconnus).

¹⁰⁶ Devant la Cour de cassation, le ministère public est appelé « parquet général ». Il est dirigé par le « procureur général près la Cour de cassation » lequel se fait assister par des « avocats généraux » (sur tous ces points, v. R. PERROT, *Institutions judiciaires*, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 12^{ème} éd., 2006, n° 508, p. 406). La mission des magistrats du parquet consiste « *uniquement à défendre les intérêts de la collectivité publique, et plus spécialement de la loi qui en est l'expression* » (*ibid.*, n° 43, p. 39 ; v. également n° 405, p. 405). Plus spécialement, le parquet de la Cour de cassation est « *un corps de magistrats qui ne jugent pas et dont la fonction est de "porter la parole au nom de la loi"* » (*ibid.*, n° 240, p. 195). Notons enfin que c'est l'article 1019 NCPC qui prévoit que « *la Cour de cassation statue après avis du ministère public* ».

¹⁰⁷ En effet, d'après l'article 1012 NCPC le conseiller rapporteur est désigné parmi les magistrats de la formation de jugement. Le rapport, sauf s'il est présenté devant une formation restreinte de la Cour de cassation, est un rapport écrit (art. 1013 NCPC). Il sera toujours suivi d'un projet d'arrêt, voire même de deux projets ou plus, si l'affaire est jugée devant une chambre mixte ou l'assemblée plénière. C'est pendant le délibéré que le rapporteur développe sa note et présente son projet d'arrêt (sur tous ces points, v. J. BORÉ, L. BORÉ, *La cassation en matière civile, op. cit.*, n° 92.221 et s. et 92.251).

rapporteurs ne serviraient à rien. Qu'il nous suffise, enfin, de citer cet aveu d'un représentant du parquet comparant la « logique » du ministère public à celle des magistrats du siège : « *La faible différence qui sépare l'une de l'autre tient à la plus grande liberté dont jouit le substitut ou l'avocat général : liberté dans la forme qui se rapproche de celle de la plaidoirie de l'avocat et qui lui permet dans l'argumentation plus de souplesse que la formulation monolithique de la sentence n'en laisse au juge ; liberté de faire davantage chatoyer les nuances de ses appréciations et de dire les motifs parfois décisifs que le juge tait parce qu'ils sont étrangers au droit ; liberté plus grande enfin, parce que, proposant sans disposer, il n'éprouve pas au même degré que le juge le sentiment parfois accablant de sa responsabilité* »¹⁰⁸. Les uns sont donc susceptibles de dire, ce que les autres sont obligés de taire. Voilà qui devrait nous intéresser.

49. À la vérité, l'idée d'étudier les raisonnements judiciaires à partir des conclusions d'avocats généraux et des rapports de conseillers rapporteurs, nous est venue après la lecture de *Raisonnement juridique et théorie du droit* écrit par l'auteur écossais Neil MACCORMICK¹⁰⁹. Cet auteur, qui a considérablement inspiré nos propres idées, a richement illustré son travail par des raisonnements de magistrats britanniques. Or, il nous est apparu que les raisonnements des magistrats d'Outre-manche, du moins lorsqu'ils portent sur des questions de droit, sont tout à fait comparables aux raisonnements des avocats généraux et conseillers rapporteurs devant la Cour de cassation. Cette conviction a d'ailleurs été corroborée de manière éclatante par un auteur américain, Mitchell LASSER. Nous nous permettons de citer l'intégralité d'un passage dû à cet auteur, tellement il attire l'attention sur une réalité dont on n'a peut-être pas encore pris toute la mesure¹¹⁰ :

Lorsque j'ai commencé à me pencher sur le système juridique français, je me suis mis à lire, au hasard, des arrêts judiciaires dans le Recueil Dalloz, rien que pour me donner une idée sur le discours judiciaire français. Je me suis retrouvé face à des arrêts officiels ; et j'avoue que je fus fortement secoué, ainsi que le serait tout juriste formé dans un système

¹⁰⁸ Ph. SOULEAU, « La logique du juge », in *La logique judiciaire, op. cit.*, p. 66.

¹⁰⁹ titre original, *Legal reasoning and legal theory* [1978], Oxford, Clarendon Press, réimprimé 1995, traduit de l'anglais par J. GAGEY, Paris, PUF, col. les voies du droit, 1996.

¹¹⁰ M. S.-O.-l'E. LASSER, « Autoportraits judiciaires : le discours interne et externe de la Cour de cassation », in *Langages de justice, Les cahiers de l'IHEJ*, octobre 1994, pp. 31-32 ; du même auteur, « Judicial (self-) portraits : judicial discourse in the french legal system », *The Yale law journal*, vol. 104, 1995.1326.

de Common law : quel “formalisme”, comme nous disons, quel “légalisme”, comme vous dites !

Puis un peu plus tard, au cours de lectures, je suis tombé simultanément sur deux documents – deux textes – qui m’ont bouleversé après des journées de lectures d’arrêts. L’un était intitulé “Rapport du Conseiller” – et l’autre “Conclusions de l’Avocat général”.

Je dois avouer que j’ignorais totalement ce qu’étaient des Rapports ou des Conclusions, de même que ce qu’était un Avocat Général ou encore un Conseiller. Tout ce que je savais, c’était que j’avais entre les mains des arguments dont le ton, le style et le raisonnement m’étaient très familiers, à moi en tant que juriste américain. [...] En effet, **une bonne traduction de Conclusions ou d’un Rapport pourrait pratiquement être substitué à un arrêt judiciaire américain** (nous soulignons).

50. L’auteur américain en vient à conclure que « *la différence entre nos deux systèmes judiciaires, ce n’est donc pas, comme on a tendance à le croire aux Etats-Unis, que les juges français sont insensibles à la réalité, qu’ils ne pensent pas aux fins et aux buts sociaux du droit. La différence, c’est que le juge américain le fait ouvertement, tandis que le juge français le fait plus ou moins à huis clos* »¹¹¹. Aussi, M. LASSER défendra-t-il la thèse suivant laquelle « *la méthode et la pratique d’interprétation des juges américains et des juges français sont, en fait, remarquablement similaires* »¹¹².

51. Nous ne nous sommes pas livrés à une étude systématiquement comparative entre les raisonnements du juge français et du juge de *common law*. Par conséquent, nous ne saurions sérieusement prétendre donner un quelconque jugement définitif sur la similarité ou la dissemblance entre les méthodes pratiquées par l’un et celles pratiquées par l’autre. En effet, nous n’avons analysé qu’un petit nombre de décisions jurisprudentielles anglaises. De cette analyse, il ne résulte pas moins que nous avons pu mettre en évidence des points de contacts frappants entre les raisonnements judiciaires pratiqués dans les deux types de systèmes. Que l’on considère alors nos recherches comme une preuve supplémentaire de cet *universalisme méthodologique* pressenti par certains¹¹³. Par ailleurs, l’étude de certaines décisions issues de

¹¹¹ *Ibid.*, pp. 33-34.

¹¹² *Ibid.*, p. 34.

¹¹³ En ce sens, v. J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, *op. cit.*, p. 31 : « *Dans la tradition jusnaturaliste comme dans les doctrines positivistes, de nombreux auteurs ont admis qu’il existe, en théorie générale du droit, des données universelles, indépendantes des contingences locales ou temporaires des sociétés concernées, et que*

la Cour de justice des Communautés européennes et des conclusions de ses avocats généraux viendra renforcer ce pressentiment¹¹⁴.

52. Ainsi que nous l'annoncions dès le commencement de cette introduction, notre thèse a pour objet de déterminer comment concrètement le juge tranche un problème de droit. À vrai dire, il ne sera probablement jamais possible de déterminer par quel cheminement mental un juge résout des problèmes juridiques. En d'autres mots, le *raisonnement de découverte* ou le *raisonnement heuristique* restera vraisemblablement toujours un mystère. En tout cas, sauf à sombrer dans un psychologisme totalement approximatif, *il ne peut être question pour nous que d'étudier les raisonnements tels que les magistrats veulent bien nous les présenter dans les documents qu'ils publient*. Mais il est clair que de tels documents – en pratique les avis ou conclusions et les rapports – sont déjà le produit fini ou l'aboutissement de toute une série d'opérations psychologiques qui les ont précédées¹¹⁵. Les rapports et conclusions ne font que justifier des solutions. En examinant ces produits finis, nos recherches porteront donc nécessairement sur des *raisonnements de justification*.

53. Est-ce à dire que nous ne serons jamais capables d'affirmer quoi que ce soit sur la découverte et l'élaboration des solutions de problèmes juridiques ? Une telle conclusion serait, à notre sens, trop radicale. De fait, en étudiant des justifications de solutions on devient à même de dire ce qui est susceptible de compter dans l'esprit du magistrat. Certes, l'on ne saurait jamais avoir la certitude absolue que les raisons qu'il invoque pour justifier la solution, sont celles-là mêmes qui l'ont effectivement déterminé. Il reste que l'on peut tout de même se faire une idée des considérations de nature à peser dans la balance quand il s'agit de trancher un problème.

l'on peut trouver des solutions permanentes à des problèmes fondamentaux, tels que les méthodes d'interprétation du droit ».

¹¹⁴ V. déjà les propos nuancés de J. MERTENS DE WILMARS, « Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la Cour de justice des communautés européennes », *Cahiers de droit européen*, 1986, pp. 9-10 : « *Si l'éventail des méthodes d'interprétation est le même en droit communautaire qu'en droit national, il faut toutefois reconnaître que leur dosage ne l'est pas en ce sens que l'importance relative des différentes méthodes n'est pas la même dans l'un et l'autre des deux ordres juridiques* » (nous soulignons).

¹¹⁵ PERELMAN avait déjà mis en évidence la distinction entre le raisonnement comme « *activité de l'esprit* » et le raisonnement comme « *produit de cette activité* » (Ch. PERELMAN, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, op. cit., n° 1, p. 1). Comme nous, l'éminent auteur n'étudiait que les raisonnements-produit, c'est-à-dire les raisonnements « *explicitement formulés* » (*ibid*).

54. En définitive, nous proposons une *reconstruction* du raisonnement judiciaire. À partir des raisons justificatives invoquées par les magistrats, nous nous permettons de conclure aux raisonnements tels qu'ils auraient pu se dérouler dans leur cerveau. Nous élaborerons ainsi un *modèle explicatif* de la résolution des problèmes de droit. Nous n'ignorons pas que l'on pourrait alors nous reprocher de ne plus coller à la réalité et de commettre, encore une fois, l'erreur de représenter le magistrat comme travaillant solitairement. À la première critique nous répondrions que la seule manière de décrire le raisonnement tel qu'il se déroule effectivement, c'est de faire de la psychologie et que les juristes n'ont pas de compétence pour se livrer à un tel examen, si tant est qu'il soit jamais réalisable. La seconde critique ne manque pas d'acuité. Mais nous espérons l'avoir désamorcée en en ayant clairement conscience et en faisant du juge un *modèle idéal* de résolveur de problèmes de droit. Certes, cette résolution sera dans la pratique le produit d'un débat contradictoire et d'une collaboration entre le ou les magistrats et les parties au litige. Mais à partir des raisonnements étudiés, nous avons imaginé une sorte de décideur idéal qui, lui, raisonne seul. Cette manière de voir permet de considérablement simplifier notre analyse en écartant les autres protagonistes du litige ainsi que la réalité très complexe de leur interaction. Cette simplification, nous semble-t-il, est le prix à payer pour obtenir un modèle un tant soit peu solide et compréhensible.

55. Pour résoudre un problème de droit, disons-nous, le juge – notre juge idéal – fait des hypothèses, c'est-à-dire qu'il anticipe des solutions possibles ou fait des conjectures¹¹⁶. Ces hypothèses, le magistrat les soumet, par la suite, à l'épreuve d'un certain nombre d'arguments-types qui reviennent de manière récurrente dans les décisions judiciaires.

56. Nous retrouvons ainsi la *méthode de l'hypothèse* que MOTULSKY a eu le mérite d'introduire dans la méthodologie juridique¹¹⁷. Simplement, pour nous, les hypothèses juridiques ne se réduisent pas seulement à la règle de droit possiblement applicable au cas particulier. D'une manière plus générale, elles désignent toute solution possible à un problème de droit déterminé. Le plan de thèse découle naturellement de notre affirmation principale.

¹¹⁶ Pour la définition de la notion d'« hypothèse », v. *supra*, n°

¹¹⁷ Sur cette méthode dans les sciences de la nature, v. C. HEMPEL, *Éléments d'épistémologie*, *op. cit.*, p. 26 : « La connaissance scientifique, [...], ne se forme pas par application d'une méthode d'inférence inductive à des données antérieurement recueillies, mais plutôt en pratiquant ce qu'on appelle souvent "la méthode de l'hypothèse", c'est-à-dire en inventant des hypothèses qui tentent d'apporter une réponse au problème que l'on étudie, et en les soumettant ensuite à un contrôle empirique ».

Puisque nous soutenons que pour résoudre un problème de droit, le juge fait des hypothèses qu'il soumet, par la suite, à l'épreuve, nous consacrerons une première partie à la définition de ces hypothèses (Partie I) et une seconde à leur mise à l'épreuve (Partie II).

PREMIÈRE PARTIE

LA DÉFINITION DES HYPOTHÈSES JURIDIQUES

57. Dès l'introduction, nous avons défini les hypothèses juridiques comme des solutions provisoires à des problèmes de droit. À présent, il s'agira d'approfondir cette première définition lapidaire. Nous le ferons, en examinant de plus près les différents types de problèmes juridiques. Puisque c'est le problème posé qui fait jaillir la solution possible, la définition de celui-ci nous éclairera sur les traits marquants de celle-là. Aussi, consacrerons-nous un examen attentif à la *source* de nos hypothèses juridiques que constituent les problèmes de droit (Titre II).

58. Mais avant de nous intéresser aux problèmes juridiques proprement dits, nous suggérons à notre lecteur de prendre un peu de recul par rapport à l'analyse technique des différents problèmes de droit et des hypothèses spécifiques qu'ils font naître. D'un coup d'œil plus général, nous lui proposons d'embrasser tout le processus de la réalisation du droit au cours duquel vont apparaître les problèmes juridiques que nous examinerons par la suite. En d'autres mots, avant que d'étudier la source des hypothèses juridiques nous examinerons la place ou le *lieu* que ces hypothèses occupent dans la réalisation du droit (Titre I).

59. L'idée d'un lieu des hypothèses juridiques mérite d'être d'emblée précisée, afin de bien faire entendre notre propos. Cette idée procède du constat que *les règles de droit n'ont de raison d'être que par rapport aux cas particuliers*. Elles sont faites pour régir des situations concrètes. Cette remarque, toute banale d'un prime abord, l'est peut-être un peu moins, lorsque l'on en tire la conséquence nécessaire suivant laquelle le législateur, qui édicte ces règles, statue donc nécessairement par rapport à des cas particuliers. En d'autres mots, *in fine* l'activité législative porte sur des cas d'espèce¹¹⁸.

¹¹⁸ En ce sens, v. les très pertinents remarques de E. J. LAMPE, « Problemanalyse als Grundlage de juristischen Argumentation (juristische Aporetik) », *art. préc.*, p. 7 : « *Ce ne sont jamais que des cas particuliers qui sont évalués et décidés (bewertet und entschieden) ; toutes les autres activités juridiques qu'elles soient de nature exégétique ou législative servent en fin de compte cette évaluation et décision de cas particuliers* ».

60. François LAURENT décrivait fort bien la relation du législateur aux cas concrets : « *Le législateur se trouvant dans l'impossibilité de porter une décision particulière sur tous les différents qui naissent entre les hommes, que lui reste-t-il à faire ? Il doit procéder, non par voie de décision particulière, mais par voie de décisions générales. C'est dire qu'il pose des principes que le juge doit ensuite appliquer aux contestations qui sont portées devant lui* »¹¹⁹. Cette dernière précision doit être soulignée : la mise en œuvre de la relation entre le législateur et le cas particulier appartient aux interprètes de la loi dont nous avons choisi d'étudier le prototype, à savoir le juge¹²⁰. Or, les hypothèses juridiques, en tant que réponses possibles à des questions de droit, sont imaginées par le juge lors de la mise en œuvre de cette relation. Elles en constituent l'un des moments. Aussi bien, est-ce dans cette relation entre le législateur et le cas particulier que le lieu des hypothèses juridiques se situe.

61. Avant d'approfondir l'examen de cette relation, il ne semble pas inutile de mettre en évidence, dès à présent, le lien qui rattache les deux subdivisions de la première partie – la source et le lieu des hypothèses juridiques – à l'idée centrale de leur *définition*. S'interroger sur le *lieu* de rencontre des hypothèses revient, en effet, à fournir ce que l'on pourrait appeler une *définition topique* de la notion d'hypothèse juridique¹²¹. Il s'agit d'un type de définition indiquant le sens d'une notion en décrivant le lieu où l'on peut rencontrer la chose qu'elle désigne. Constitue, par exemple, une telle définition topique celle qui définirait « Notre-Dame de Paris » comme l'« Église qui se trouve au centre de l'île de la cité à Paris » ou un « chêne » comme « l'arbre qui se trouve au milieu de la place du village »¹²². De même, déterminer la *source* des hypothèses juridiques revient encore à les définir. La méthode de définition mise en œuvre est alors appelée *définition génétique*¹²³. Celle-ci consiste à définir un mot en

¹¹⁹ F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. 1, Bruxelles, Paris, Bruylant, Chevalier-Maresq, 4^{ème} éd., 1887, n° 270, p. 340.

¹²⁰ Sur la justification de ce choix, v. *supra*, n° 6.

¹²¹ En grec le mot *topos* signifie « lieu » (en ce sens, O. REBOUL, *Introduction à la rhétorique*, *op. cit.*, p. 239, glossaire, v° « lieu »). La définition que nous appelons « topique » correspond à l'une des méthodes de « *définition synthétique* » repérées par Richard ROBINSON et que celui-ci appelle la « *“locant” method of definition* » (*Definition*, Oxford, Clarendon Press, 1950, p. 99).

¹²² En ce sens, ROBINSON évoque la définition de « *“Big Ben”* » signifiant « *la plus grande cloche dans les chambres du Parlement* » (*ibid.*, p. 100).

¹²³ La définition « *causale ou génétique* » est un autre type de définition synthétique répertorié par ROBINSON (*ibid.*, pp. 98 et 99).

indiquant comment la chose désignée « *est causée où d'où elle résulte* »¹²⁴. À titre d'exemple d'une définition génétique on dira, par exemple, que par « "rouge" » l'on entend « *les couleurs qu'une personne normale perçoit quand son œil est touché par une lumière d'une longueur d'onde de 7,000-6,5000 Å* »¹²⁵. D'une manière semblable, nous entreprendrons de définir les hypothèses juridiques par les problèmes qui les font naître, c'est-à-dire par leur source. Cela dit, arrivés à la fin de cette première partie, nous espérons bien proposer une *définition analytique* de la notion d'hypothèse décrivant les différents traits caractéristiques de la signification de cette notion¹²⁶. Mais commençons par identifier le lieu de rencontre des hypothèses dans la réalisation du droit. Celui-ci, nous l'avons dit, se situe à l'intérieur de la relation entre législateur et le cas particulier.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 99.

¹²⁵ Cet exemple est emprunté à *ibid.*, p. 98.

¹²⁶ Sur ce type de définition, v. *ibid.*, pp. 96-98.

Titre I

LE LIEU DES HYPOTHÈSES JURIDIQUES : LA RELATION ENTRE LE LÉGISLATEUR ET LE CAS PARTICULIER

62. Répétons d'abord cette idée suivant laquelle l'activité du législateur consiste à statuer sur des cas particuliers¹²⁷. Cependant, comme il ne saurait juger les innombrables différends entre les hommes, le législateur est obligé d'énoncer sa volonté sous forme de règles générales et abstraites. Toujours est-il que la relation ainsi mise en place entre lui-même et le cas particulier exige inévitablement l'intervention d'un intermédiaire dont la mission consiste à appliquer la volonté du premier aux éléments de fait du second. Cet intermédiaire, dans notre optique, est un juge¹²⁸. Schématiquement, l'application ou la réalisation du droit met donc en scène trois intervenants : le législateur, le juge et le cas particulier.

63. Pris entre le législateur et le cas concret, le juge doit dépasser deux types d'écarts ou de distances. Il s'agit, d'une part, de l'écart entre le législateur et lui-même et, d'autre part, de la distance entre la règle de droit générale et abstraite et le cas singulier et concret. En effet, en énonçant des règles de droit générales et abstraites au moyen de signes écrits, le législateur communique aux juges des messages. Or, ces messages, comme toute autre production de signes, doivent être décodés afin d'être compris. En d'autres mots, pour vaincre la distance entre lui-même et le législateur, pour saisir la volonté de ce dernier, le juge doit tenter de restituer aux messages du législateur la signification que celui-ci leur a impartie. Aussi, le rapport entre le législateur et le magistrat a-t-il pour objet de la *signification*.

¹²⁷ Sur ce point, v. *supra*, n° 59.

¹²⁸ Cet intermédiaire n'est pas nécessairement un juge. Il peut être aussi un avocat, un notaire, un fonctionnaire ou toute autre personne appelée à appliquer une règle de droit à un cas particulier. De plus, l'application des règles ne se fait pas nécessairement à des cas qui se sont déjà produits, mais peut aussi se faire à des cas imaginés, tels les comportements projetés dans l'avenir (p. ex. une maison à construire, un contrat à conclure). Cette application par anticipation est même extrêmement fréquente. Elle se produit chaque fois qu'un individu s'interroge sur les conséquences juridiques d'un comportement qu'il souhaiterait adopter. Cependant, nous avons choisi de porter le regard sur l'activité du juge, en raison de sa fonction éminente dans la réalisation du droit. Sur ce point, v. *supra*, n° 6.

64. En ayant compris la signification des messages du législateur et en ayant ainsi appréhendé les règles générales et abstraites qu'ils véhiculent, une autre distance doit encore être vaincue par le magistrat, réalisateur du droit. Il s'agit, cette fois-ci, d'appliquer les règles de droit générales et abstraites aux cas singuliers et concrets. Autrement dit, l'application de la règle de droit au cas particulier suppose sa *concrétisation*.

65. Concrétisation du droit et signification du droit nous paraissent ainsi représenter les deux moyens permettant aux juges de nouer le lien entre le législateur et le cas particulier. Tandis que la concrétisation permet d'établir un rapport entre le cas d'espèce et la règle de droit qui lui est applicable, la signification permet de faire la liaison entre le juge et le législateur. Aussi bien, consacrerons-nous un premier chapitre au rapport entre le juge et le cas particulier, rapport marqué par la concrétisation du droit (Chapitre I). Par la suite, nous examinerons le rapport entre le juge et législateur, ce rapport se caractérisant par l'idée de signification du droit (Chapitre II).

Chapitre I

LE RAPPORT ENTRE LE JUGE ET LE CAS PARTICULIER : LA CONCRÉTISATION DU DROIT

66. L'activité juridictionnelle, en tant qu'elle consiste à appliquer des règles de droit générales et abstraites à des cas singuliers et concrets, exige nécessairement ce que nous appelons une activité de concrétisation du droit. Pour décrire cette activité juridictionnelle nous nous servirons de la distinction désormais traditionnelle entre règles et décisions (Section I). Mais ce grand mouvement de concrétisation, allant de la règle au cas particulier, ne doit pas occulter le fait qu'il existe plusieurs niveaux de généralité et d'abstraction du droit (Section II). Tout est dans la nuance.

SECTION I

LA DISTINCTION ENTRE RÈGLES ET DÉCISIONS

67. Cette distinction a été mise en évidence par M. MAYER dans sa thèse déjà citée sur *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*¹²⁹. Elle est fondée sur une analyse formelle des règles et des décisions et aboutit à décrire les unes comme les autres par un certain nombre de traits caractéristiques. L'auteur nous apprend ainsi que les règles sont abstraites, générales, hypothétiques et permanentes¹³⁰, alors que les décisions ont pour caractéristiques d'être concrètes, catégoriques et non-permanentes¹³¹.

68. Comme le but de ces pages est d'attirer l'attention de notre lecteur sur la notion de concrétisation du droit, nous insisterons simplement sur deux aspects distinctifs des règles aussi bien que des décisions : il s'agit du caractère général et abstrait des règles (§ I) opposé

¹²⁹ P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, op. cit.

¹³⁰ En ce sens, v. *ibid.*, n° 67, p. 48. Sur le caractère hypothétique des règles, v. déjà *supra*, n°

¹³¹ En ce sens, v. *ibid.*, n° 72, p. 51.

au caractère singulier et concret des décisions (§ II). Ces caractéristiques suffisent, par ailleurs, amplement pour distinguer une règle d'une décision.

§ I – LE CARACTÈRE GÉNÉRAL ET ABSTRAIT DES RÈGLES

69. C'est un lieu commun de la science juridique que d'affirmer que « les règles de droit sont des propositions générales et abstraites »¹³². Mais qu'est-ce à dire ? Les dictionnaires nous apprennent que le mot « abstraction » est polysémique. Nous en retiendrons deux significations qui nous paraissent particulièrement pertinentes en l'occurrence. Il s'agit de l'abstraction au sens d'action et de l'abstraction au sens de résultat. L'abstraction-action se définit comme la « *faculté de l'intelligence, opération de l'esprit qui sépare, isole, pour le considérer indépendamment, un élément (qualité, relation), de l'objet auquel il est uni, et qui ne se présente pas séparément dans la réalité* »¹³³. En tant que résultat, l'abstraction est alors la « *qualité ou relation isolée par l'esprit* »¹³⁴. Elle « *est un concept* »¹³⁵.

70. Il nous paraît particulièrement important de souligner, comme M. MAYER l'avait déjà fait¹³⁶, que le concept abstrait est isolé des référents dans lesquels il se réalise. Il est à « *considérer indépendamment* » d'après la définition lexicale. Il faut, nous dit notre auteur, « *ne plus considérer que lui* »¹³⁷. Ainsi, les concepts de « faute » et de « dommage » de

¹³² En ce sens, v. p. ex., H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, op. cit.*, n° 14, p. 16 ; Ph. MALAURIE, P. MORVAN, *Introduction générale*, Paris, Defrénois, coll. Droit civil, 2^{ème} éd., 2005, n° 39, p. 38 ; F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, Précis, 7^{ème} éd., 2006, n° 246, p. 194 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, op. cit., n° 5, p. 13 ; J. GHESTIN, G. GOUBEUX, M. FABRE-MAGNAN, *Droit civil, Introduction générale, op. cit.*, n° 244, p. 206. Mais d'autres auteurs ne retiennent que l'un de ces critères (G. CORNU, *Introduction, Les personnes, Les biens*, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 12^{ème} éd., 2005, n° 16, p. 18).

¹³³ A. REY (sous la dir. de), *Le Grand Robert de la Langue Française, op. cit.*, v° « Abstraction ». Adde, P. FOULQUIÉ, *Dictionnaire de la langue philosophique*, Paris, PUF, 6^{ème} éd., 1992, v. « Abstraction » ; A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie, op. cit.*, v° « Abstraction » ; P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé, op. cit.*, n° 55, p. 39.

¹³⁴ A. REY (sous la dir. de), *Le Grand Robert de la Langue Française, op. cit.*

¹³⁵ J. LADRIÈRE, « Abstraction », in *Encyclopédie philosophique universelle, II, Les notions philosophiques*, A. JACOB (sous la dir. de), Paris, PUF, 1^{ère} éd., 1990.

¹³⁶ P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé, op. cit.*, n° 55, p. 39

¹³⁷ *Ibid.*

l'article 1382 du Code civil sont des concepts abstraits, parce qu'ils sont considérés indépendamment de la multitude des situations particulières dans lesquelles ils sont susceptibles de se réaliser. Ils sont, en quelque sorte, pris à part, sans désigner.

71. Passons à l'adjectif « général ». D'après les dictionnaires, ce terme possède aussi plusieurs sens, dont l'un est absolu, pourrait-on dire, l'autre relatif. Est « général », au sens relatif, ce « *qui concerne la très grande majorité des cas ou des individus, mais peut comporter des exceptions* »¹³⁸. Dans un sens absolu, est « général » ce « *qui concerne tous les individus sans exceptions* »¹³⁹ ou, plus précisément, « *tous les individus d'une classe* »¹⁴⁰. Entendue en ce second sens, la généralité vaut universalité¹⁴¹, car le concept universel est celui qui est « *pris dans la totalité de son extension, laquelle est indéfinie, indéterminée* »¹⁴². Avant d'illustrer par des exemples, ajoutons une petite précision.

72. Nous disions plus haut que l'abstraction s'accompagne toujours de la généralité. En effet, nous dit-on, « *l'abstraction procure la généralité : l'aspect dégagé par abstraction est commun à tous les objets en lesquels il se réalise ou pourrait être réalisé, indépendamment des différences qui peuvent exister entre eux* »¹⁴³. On pourrait alors penser que l'abstraction précède la généralisation ou la généralité. Mais à vrai dire, il nous paraît vain d'établir une chronologie. En tant que juristes, nous sommes, en effet, très mal placés pour distinguer entre l'abstraction et la généralisation qui sont deux opérations mentales, c'est-à-dire psychiques. Et de surcroît, il semble que l'abstraction et la généralisation soient inextricablement liées : « *pour généraliser il faut d'abord abstraire, mais pour abstraire utilement, il faut déjà savoir généraliser* » (H. BERGSON)¹⁴⁴. Peu importe dès lors, pour nous, le rapport chronologique entre abstraction et généralisation, entre abstraction et généralité, si tant est qu'un tel rapport chronologique existe. L'important est de comprendre que cette généralité des concepts va de

¹³⁸ P. FOULQUIÉ, *Dictionnaire de la langue philosophique, op. cit.*, v° « Général ». Adde, A. REY (sous la dir. de), *Le Grand Robert de la Langue Française, op. cit.*, v° « Général ».

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie, op. cit.*, v° « Général ».

¹⁴¹ En ce sens, v. P. FOULQUIÉ, *Dictionnaire de la langue philosophique, op. cit.*, v° « Général ».

¹⁴² M. GEX, *Logique formelle, op. cit.*, p. 22.

¹⁴³ J. LADRIÈRE, « Abstraction », *art. préc.*

¹⁴⁴ Cité par P. FOULQUIÉ, *Dictionnaire de la langue philosophique, op. cit.*, v° « Général ».

pair avec leur abstraction. De plus, cette généralité doit s'entendre dans un sens absolu parce que le concept est susceptible d'être appliqué à *tous* les individus ou à *tous* les objets dans lesquels il se réalise. Or, le nombre d'individus ou d'objets, c'est-à-dire de référents, dans lesquels un concept est susceptible de se réaliser n'est pas *a priori* limité. Par conséquent, le concept a une portée universelle. Il est susceptible d'être appliqué à une infinité de référents dès lors que ceux-ci contiennent l'élément isolé.

73. Prenons, pour illustrer, l'exemple de l'article 144 du Code civil disposant que « *l'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus* ». Le concept composé « homme avant dix-huit ans révolus » et le concept composé « femme avant dix-huit ans révolus » constituent deux entités abstraites et générales¹⁴⁵. Ne dit-on pas que chaque individu est unique ? Or, dans l'article 144 du Code civil, la ou les qualités isolées sont considérées indépendamment de toute réalisation dans un individu déterminé. De plus, ces concepts isolés sont applicables à *tous* les êtres humains, présents et futurs, dans lesquels ils sont susceptibles de se rencontrer, tels Pierre et Jeanne et Charles. Peu importe à cet égard, si, en *fait*, il ne se trouve qu'un seul individu ou qu'une seule chose qui recèle l'aspect abstrait. La généralité dont il s'agit ici est, nous l'avons dit, absolue, universelle. Rappelons qu'elle s'oppose à la généralité relative qui concerne non pas tous les représentants d'une classe, mais sa grande majorité. En ce dernier sens on dirait, par exemple, que « les hommes hollandais sont grands ». Cette affirmation est, sans doute, vraie pour la grande majorité des hommes hollandais. Mais, nous sommes sûrs qu'à bien y regarder, on en trouverait aussi des trapus.

74. Un autre exemple, emprunté au Professeur MAYER, nous éclairera davantage. Soit l'article 9 de la Constitution du 4 octobre 1958 d'après lequel « *le Président de la République préside le Conseil des Ministres* »¹⁴⁶. En *fait*, le concept « Président de la République » ne s'applique qu'à un seul individu à la fois. Il n'empêche qu'il s'agit d'un concept général, au sens d'une généralité absolue, parce qu'il est susceptible de s'appliquer à *tous* les individus investis, actuellement ou dans le futur, de cette fonction. Et bien sûr, ce concept est une abstraction. Il est pris à part, sans désigner, indépendamment de toutes les personnes exerçant réellement la fonction de chef de l'État.

¹⁴⁵ Nous parlons ici de concepts « composés » parce que les entités dont il est question constituent déjà un assemblage de concepts plus simples, tels ceux de « femme », « année », « dix-huit », « révolu ».

¹⁴⁶ P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, op. cit., n° 52, p. 38.

75. Récapitulons. Une abstraction est un élément isolé par notre esprit et considéré indépendamment de l'objet auquel il était préalablement uni. Cette abstraction est nécessairement générale parce qu'elle est applicable à tous les objets qui contiennent l'élément isolé. Ces définitions, *a priori* claires, soulèvent, à vrai dire, de graves difficultés. Nous essaierons de les résoudre.

76. Ce sont les mots qui véhiculent nos concepts, c'est-à-dire nos abstractions¹⁴⁷. Or, il faut bien reconnaître que tous les mots sont isolés de l'objet qu'ils peuvent désigner. Le prénom « Charles » n'est pas l'individu Charles ou, plutôt, la multitude d'individus qui sont appelés ainsi. Dans la même veine l'on ajoutera que le mot « chien » n'aboie pas. Ces banalités traduisent l'évidence qu'un mot n'est pas la chose qu'il désigne. Nous y reviendrons plus longuement¹⁴⁸. Pour ce qui nous intéresse à l'instant, il nous semble qu'il n'y ait qu'une conclusion possible à tirer du constat qui précède: si les mots véhiculent nos concepts et si les mots ne sont pas les choses qu'ils désignent, alors « *tout mot est une abstraction* »¹⁴⁹.

77. Nous pourrions d'abord inférer de cette conclusion que le concept d'abstraction ne nous sert plus à rien. En effet, si tous les mots sont des abstractions, alors ce concept ne nous permet absolument pas de distinguer entre règles et décisions, parce que les unes comme les autres sont faites de mots. De plus, la phrase « les règles de droit sont des propositions générales et abstraites » passerait pour une demie-vérité, de nature à nous induire en erreur. Elle laisse, en effet, sous-entendre qu'il existe d'autres propositions qui ne seraient pas abstraites. Or, si tous les mots sont des abstractions, il ne peut, bien évidemment, exister de propositions linguistiques concrètes. Une autre position est toutefois pensable.

78. Un auteur écrit que « *parler de **mots concrets** n'est légitime qu'à condition qu'on considère alors non pas le statut linguistique du mot (nécessairement abstrait), mais l'objet auquel il réfère [...]* »¹⁵⁰. Nous déduisons de ce passage qu'il faut distinguer entre le *statut linguistique* d'un mot et son *statut pratique*. Cela veut dire que si tous les mots sont, en tant qu'éléments du langage, des abstractions, ils peuvent néanmoins être dits « abstraits » ou

¹⁴⁷ En ce sens, v. *infra*, n° 147 et s.

¹⁴⁸ En ce sens, v. *infra*, n° 155 et s.

¹⁴⁹ J. PICOCHÉ, *Précis de lexicologie française*, Paris, Nathan, 1992, coll. Nathan-Université, nouvelle édition revue et remise à jour, p. 32.

¹⁵⁰ *Ibid.*

« concrets » selon l'*usage pratique* qui en est fait. Dès lors, lorsqu'un mot est *utilisé* dans une situation déterminée *pour désigner effectivement* des choses ou des individus, alors ce mot pourra être dit un « mot concret ». Au contraire, lorsqu'un mot est utilisé, sans désigner effectivement un référent, mais avec sa *potentialité* ou son *aptitude à désigner des référents éventuels*, alors ce mot pourra être dit « abstrait ». En toute rigueur, il ne faudrait pas parler de « mots concrets » ou de « mots abstraits », mais de leur « *usage concret* » ou de leur « *usage abstrait* ». Quoi qu'il en soit, l'essentiel c'est de retenir que l'abstraction exprime une *désignation potentielle* de référents et la concrétude une *désignation effective*.¹⁵¹

79. Si l'abstraction est une potentialité et la concrétude une effectivité, alors un même mot ou concept peut être dit tantôt abstrait, tantôt concret. Tout dépendra du contexte dans lequel le mot ou le concept est utilisé. Ainsi, lorsque l'article 9 de la Constitution dispose que « *le Président de la République préside le Conseil des Ministres* », alors il résulte indubitablement du contexte de cette phrase (elle figure dans le texte fondamental qui détermine la forme de l'Etat, la dévolution et l'exercice du pouvoir), que les mots « Président de la République » sont utilisés sans désigner effectivement une personne concrète. Au contraire, ces mots visent tout ceux qui actuellement ou à l'avenir seront susceptibles d'exercer cette fonction. Mais qu'en est-il de la même phrase prononcée par un journaliste dans un autre contexte ? Le contexte d'énonciation de la phrase nous apprendra peut-être que notre journaliste voulait *implicitement*¹⁵² dire que « cet après-midi, *le Président de la République, Monsieur T., préside le Conseil des Ministres* ». Dans ce cas, le mot « Président de la République » désignera une personne bien vivante, en chair et en os. Nous dirons alors que le mot, ou le concept qu'il véhicule, est « concret ».

80. De là suit une conclusion remarquable. À partir du moment où l'on admet qu'un même mot peut être utilisé concrètement ou abstraitement suivant le contexte, il faut bien admettre que *seul le sens du mot* est susceptible de nous faire sentir la différence. Or, le sens du mot dépendra de son contexte¹⁵³. Ainsi, parce qu'elles dépendent du sens qui lui est

¹⁵¹ La définition classique qui considère l'abstraction(-résultat) comme un élément isolé considéré indépendamment « *de l'objet auquel il est uni* » comporte déjà, en amorce, l'idée de désignation ou, plutôt, d'absence de désignation. Mais nous pensons qu'elle aurait bien du mal à expliquer comment un même mot ou concept peut être utilisé tantôt pour désigner, tantôt sans désigner. Pour faire la différence, il faut, en effet, introduire la notion de signification contextuelle (v. *infra*, n° 199 et s.).

¹⁵² Sur la notion de « sens implicite », v. *infra*, n° 209 et s.

¹⁵³ Sur la notion de « contexte », v. *infra*, n° 199 et s.

attribué, *l'abstraction et la généralité d'un mot deviennent une question d'interprétation de ce mot*. À notre avis, faire de l'abstraction et de la concrétude une question de sens, est le seul moyen de conserver un intérêt à l'énoncé selon lequel « les règles de droit sont des propositions générales et abstraites ». En effet, si l'on renonçait à cette explication, il faudrait considérer toutes sortes d'énoncés linguistiques comme des abstractions et donc des généralités, en sorte que l'on ne verrait plus d'intérêt à qualifier les règles de droit de propositions abstraites et générales. De même, si l'on renonçait à cette façon de voir, nous ne verrions plus d'explication à ce phénomène notable qu'un même mot peut tantôt désigner un être concret, tantôt n'exprimer qu'une aptitude à désigner. Pour faire la différence, il faut introduire la notion de sens.

81. Il est vrai que la démonstration qui précède nous oblige à admettre des conséquences que certains qualifieront peut-être de gênantes. Si tous les mots sont des abstractions, alors nous sommes conduits à soutenir que les noms propres le sont aussi¹⁵⁴. Du moins, est-ce le cas, lorsque les noms propres sont envisagés du point de vue de leur *statut linguistique*. Pour démontrer cette affirmation, l'on peut s'amuser à inventer des règles invraisemblables, dont la possibilité démontre néanmoins l'abstraction inhérente aux noms propres. Soit la règle kafkaïenne suivante : « tout "Jean" doit porter un béret ». Il nous semble bien qu'une telle disposition serait applicable à toutes les personnes portant le prénom « Jean ». Cet exemple prouve qu'un nom propre pourrait exprimer une aptitude à désigner, même si, en pratique, le contexte d'énonciation nous apprendra systématiquement que ce nom propre est utilisé pour désigner un individu déterminé.

82. Jusqu'à présent, nous nous sommes tenus à expliquer l'abstraction ou la généralité des *mots* ou des concepts qu'ils expriment. Or, nous étions partis pour analyser l'abstraction et la généralité des *règles* de droit qui sont des énoncés composés d'une multitude de mots. D'entrée de jeu, l'on serait tenté d'affirmer que les règles de droit sont des énoncés généraux et abstraits parce qu'elles sont composées de mots utilisés en un sens général et abstrait. Mais il n'est pas difficile d'imaginer des exemples qui réduisent à néant une telle explication.

¹⁵⁴ J. PICOCHÉ, *Précis de lexicologie française, op. cit.*, p. 32 : « Même le nom propre qui s'applique à un être unique n'échappe pas à cette abstraction fondamentale du langage, symbolisant l'unité des innombrables états et apparences par lesquels peut passer l'individu qu'il désigne ».

83. Imaginons, par exemple, la règle suivante (on peut toujours rêver) : « À Paris, le prix d'un loyer ne pourra dépasser un certain montant fixé par arrêté pris en Conseil municipal ». Une autre règle disposera que « Tous les écoliers de France devront se rendre au Panthéon ». Ces règles, fussent elles sorties de notre propre cervelle, comportent assurément des mots concrets. Le nom propre « Paris » est utilisé pour désigner une ville toute à fait bien déterminée. Le « Panthéon » est un édifice situé au cœur du cinquième arrondissement de la capitale et sur le fronton duquel il est écrit « *Aux grands hommes la patrie reconnaissante* ». Cependant, malgré la désignation effective opérée par ces mots, on a l'impression que nos énoncés de règles sont généraux et abstraits. Comment sortir de l'embarras ?

84. L'abstraction est une question de sens. Commençons alors par expliciter la signification des règles que nous nous proposons d'étudier¹⁵⁵. La première pourrait être reformulée de la façon suivante : « Si un logement est situé sur le territoire de la commune de Paris et si ce logement est donné en location par un bailleur moyennant le paiement d'un loyer [présupposé], alors le bailleur ne pourra pas réclamer un loyer dépassant un montant fixé par un arrêté pris en conseil municipal [effet] ». Il devient maintenant possible de voir que les expressions « logement situé sur le territoire de la commune de Paris » et « logement donné en location moyennant le paiement d'un loyer » ne visent aucun logement particulier. L'expression désigne *potentiellement* toutes les habitations présentes et à venir situées sur le territoire de la ville de Paris. Mais elle ne désigne pas *effectivement* tel ou tel logement déterminé. Cette analyse doit retenir notre attention. Elle démontre que pour évaluer l'abstraction ou la concrétude d'un ensemble de mots, il ne suffit pas de s'attacher à chaque mot pris individuellement et de conclure de la concrétude d'un seul d'entre eux à la concrétude de l'ensemble. Il faut au contraire isoler des ensembles et se demander ce qu'ils veulent dire. Si leur sens nous apprend qu'ils désignent effectivement des référents déterminés, alors ces ensembles peuvent être dits « concrets ». À l'inverse, si leur sens révèle simplement une aptitude à désigner, mais l'absence d'une désignation effective, alors nous les disons « abstraits ». Les mêmes remarques valent pour l'expression « logement donné en location moyennant le paiement d'un loyer ».

85. Avant d'analyser l'effet juridique de notre règle sur les loyers, passons à la règle sur les écoliers. Celle-ci nous facilitera la compréhension de celle-là. La règle sur les écoliers

¹⁵⁵ La notion de « sens implicite », opposée à celle de « sens explicite », permet de rendre compte de ce type de transformation (sur ce point, v. *infra*, n° 209).

dispose que « Tous les écoliers de France devront se rendre au Panthéon ». Cette règle peut aussi être explicitée : « Si une personne est un écolier [présupposé], alors elle doit participer à une visite du Panthéon situé au cœur Paris [effet] ». Il est clair que l'expression « une personne qui est un écolier » est générale et abstraite. Elle désigne potentiellement toutes les personnes qui remplissent la condition d'écolier. Mais peut-on raisonnablement prétendre que notre règle de droit imaginaire reste générale et abstraite malgré son effet juridique bourré de mots concrets : « l'écolier doit participer à une visite du *Panthéon* situé au cœur de *Paris* ». Une réponse affirmative s'impose pour une raison assez simple, somme toute.

86. L'effet juridique énoncé par une règle consiste toujours en un *faire*. Plus précisément, soit la loi *interdit* de faire, soit elle *oblige* à faire, soit elle *permet* de faire¹⁵⁶. Dans notre exemple sur les écoliers, la loi oblige les écoliers à faire quelque chose : *se rendre au Panthéon*. Par là, bien sûr, elle ne désigne aucune visite obligatoire faite effectivement dans cet édifice. Au contraire, l'expression « l'écolier doit participer à une visite du Panthéon situé au cœur de Paris » énonce, non pas une action *effectivement* accomplie, mais une action à accomplir obligatoirement. Elle désigne des actions susceptibles de se produire, mais qui de surcroît pourront ne pas avoir lieu (l'enfant rebelle). L'accomplissement de l'action prescrite par la règle reste donc *potentiel*. À vrai dire, l'effet juridique d'une règle ne désigne jamais une action qui s'est produite concrètement. Il est donc nécessairement toujours abstrait. Cette conclusion nous permettra alors d'expliquer facilement le caractère abstrait de l'effet juridique énoncé dans notre règle sur les loyers. Cette règle énonce une interdiction (il n'est pas permis) de faire quelque chose. Elle interdit au bailleur de réclamer une somme supérieure à un certain montant fixé par le conseil municipal. L'action interdite par la règle ne décrit ou ne désigne aucun comportement qui a effectivement eu lieu. L'interdiction désigne potentiellement un comportement susceptible d'être adopté par un bailleur.

87. Nous sommes désormais capables d'expliquer le sens de la phrase « les règles de droit sont des propositions générales et abstraites ». Cette phrase ne veut pas dire qu'une règle de droit ne peut jamais comporter des mots employés dans un sens concret. Cette phrase veut dire, au contraire, qu'il faut envisager le sens des mots figurant dans les règles de droit par ensembles de mots. Or, une règle de droit comporte toujours un présupposé, composé d'un ou de plusieurs ensembles de mots ou d'expressions, par lequel elle désigne potentiellement des

¹⁵⁶ En ce sens, v. *supra*, n° 7.

situations de fait ou des référents qui sont simplement susceptibles de se produire¹⁵⁷. Ce présumé est assorti d'un effet juridique¹⁵⁸. Cela dit, les règles de droit ne désignent jamais aucune personne ou aucun objet en particulier à travers leur présumé. C'est en ce sens que le présumé d'une règle peut être dit général et abstrait¹⁵⁹. Quant à l'effet prescrit par la règle de droit, il conservera toujours un caractère abstrait et général. Cet effet ne désigne ou ne décrit jamais une action qui s'est effectivement accomplie, mais des actions à accomplir, c'est-à-dire des actions dont l'accomplissement reste potentiel. Bref, la règle de droit est une proposition générale et abstraite parce que son sens nous révèle qu'elle ne désigne effectivement aucun référent.

88. Le concept de généralité soulève, enfin, une dernière petite difficulté. Il est, en effet, indéniable que certaines règles sont plus générales que d'autres. Tout le monde serait, par exemple, d'accord pour dire que l'article 1382 du Code civil, applicable à tous les Français, est plus général qu'une disposition applicable aux seuls « cyclistes » ou encore « apiculteurs ». Pourtant, les unes comme les autres sont des propositions générales – au sens de généralité absolue – parce que les unes comme les autres visent un nombre *a priori* illimité de destinataires. Il faut donc affiner encore quelque peu notre concept de généralité, si nous voulons tenir compte de cette réalité que certaines règles sont plus générales que d'autres.

89. Certaines règles générales ont un champ d'application plus vaste que d'autres. Nous entendons par là qu'elles ont plus de chance à être appliquées que d'autres. Or, elles ont plus de chance à être appliquées que d'autres pour la raison que les référents qu'elles visent sont plus nombreux (p. ex. tous les Français) que ceux visés par les autres (p. ex. tous les apiculteurs). Aussi, après avoir distingué la généralité absolue de la généralité relative, proposons-nous donc de reconnaître également une *généralité par degrés* qui exprime la fréquence d'application dont une règle est susceptible.

Passons au caractère singulier et concret des décisions.

¹⁵⁷ Sur la notion de « présumé », v. *supra* n°7.

¹⁵⁸ Sur la notion d'« effet juridique », v. *supra*, n°7.

¹⁵⁹ Nous pensons que cette conclusion rejoint la position, un peu énigmatique, de M. MAYER selon laquelle « [... une norme] est abstraite lorsque l'ordre qu'elle énonce se rattache au caractère retenu » (*ibid.*, n° 56, p. 48).

§ II – LE CARACTÈRE SINGULIER ET CONCRET DES DÉCISIONS

90. Par opposition à « abstrait », le mot « concret » signifie « *qui exprime quelque chose de réel sans que l'on en isole une notion de qualité, de relation ; qui désigne ou qualifie un être réel perceptible par les sens* »¹⁶⁰. Cette définition doit être replacée dans le contexte de ce que nous avons dit de la notion d'abstraction. Tous les mots sont des abstractions, mais leur usage peut varier. L'usage est abstrait, lorsque le mot est utilisé sans désigner. Par opposition, avons-nous ajouté, l'usage d'un mot est concret, lorsqu'il est utilisé pour désigner un référent. Cette façon de voir se concilie très bien avec la définition lexicale ci-dessus qui comporte l'idée de *désignation* d'« un être réel perceptible par les sens ».

91. Nous sommes, toutefois, conscients que le référent, en l'occurrence l'« être réel perceptible par les sens », est susceptible de soulever de graves difficultés. En effet, il n'est pas exact qu'un référent soit nécessairement un être perceptible par les sens. Il suffit de penser aux contes de fées ou aux cas pratiques imaginés par les professeurs de droit pour leurs étudiants. Le référent peut être imaginaire ou psychique. Mais peu importe pour nous la nature des référents. L'essentiel est de savoir si oui ou non le mot désigne quelque chose. De plus, le référent à ceci de spécifique qu'il constitue une entité individualisée, par exemple l'arbre sur la place du village (un être) ou le contrat conclu entre Pierre et Paul (un comportement). Comme l'abstraction s'accompagne toujours de la généralité, la concrétude s'accompagne toujours du *singulier*, c'est-à-dire de la référence à un objet ou à un individu unique. Mais précisons-le encore une fois, c'est l'usage du mot qui est concret et singulier et non pas le mot lui-même. Le mot lui-même, envisagé sous l'angle de son statut linguistique, reste une abstraction.

92. Passons maintenant des mots aux propositions qui sont des assemblages d'une multitude de mots. À nouveau on serait tenté de prétendre qu'une proposition est concrète pour la simple raison qu'elle est composée exclusivement de mots utilisés en un sens concret. Cependant, tout comme il existe des propositions abstraites contenant des mots concrets, il existe aussi des propositions concrètes comportant des mots abstraits. En voici un exemple

¹⁶⁰ A. REY, (sous la dir. de), *Le Grand Robert de Langue française, op. cit.*, v° « Concret ». Adde, P. FOULQUIÉ, *Dictionnaire de la langue philosophique, op. cit.*, v° « Concret ».

emprunté à M. MAYER : « “X [disons Marie] *doit être assimilé à un enfant légitime du point de vue de la puissance paternelle*” »¹⁶¹. Les expressions « enfant légitime » ou « puissance paternelle » ne désignent pas de référent. Mieux, le bout de phrase « *doit être assimilé à un enfant légitime du point de vue de la puissance paternelle* » exprime, à notre sens, une action à accomplir obligatoirement et non pas une action qui a déjà été effectivement accomplie. Cette partie de phrase est donc utilisée abstraitement parce qu’elle ne désigne aucune action particulière. Par contre, l’effet juridique est ordonné à propos d’un référent, à savoir l’enfant désigné par le prénom « Marie ». C’est cette désignation qui rend notre proposition concrète. Prenons un autre exemple.

93. Soit le jugement rendu par le Tribunal de grande instance de Paris le 23 octobre 1996 dans l’affaire du livre « Le grand secret »¹⁶². Ce livre avait révélé au public la maladie du Président de la République François Mitterrand lequel avait caché aux Français, pendant ses deux mandats, le cancer dont il était la victime. Madame Danielle Mitterrand et les trois enfants du Président assignèrent alors le médecin personnel de l’ancien Président, le docteur Gubler, et l’éditeur, M. Orban, tant en son nom personnel qu’en sa qualité de représentant légal de la société Éditions Plon, en réparation du préjudice qu’ils leur auraient causé par la diffusion de ce livre. Voici une partie du dispositif du jugement :

LE TRIBUNAL, [...]

Condamne *in solidum* Claude Gubler, Olivier Orban et la société Éditions Plon à payer, à titre de dommages-intérêts :

- à Danielle Mitterrand, la somme de cent mille F,
- à chacun des trois autres demandeurs la somme de quatre vingt mille F [...].

94. Cette décision est concrète parce qu’elle ordonne des effets juridiques à propos de personnes (morales ou physiques) individualisées, désignées par des noms propres tels « Claude Gubler », « Olivier Orban » et la « société Éditions Plon ». Nous pensons que l’on peut conclure de ce qui précède, qu’une décision est concrète parce que l’effet juridique qu’elle ordonne est prescrit par rapport à un ou plusieurs référents individualisés désignés par

¹⁶¹ P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, *op. cit.*, n° 56, p. 41.

¹⁶² *J.C.P.* 1997.II.22844, obs. E. DERIEUX.

un mot ou un ensemble de mots. Ces mots ou cet ensemble de mots sont alors utilisés concrètement.

95. Mais il ne faut pas s'y méprendre. C'est le *sens des mots en contexte* qui nous révélera leur usage concret. Prenons un exemple comme « tous les défendeurs doivent payer 10 000 € à la victime à titre de dommages-intérêts ». Le contexte de la phrase nous apprendra vraisemblablement qu'elle figure dans un jugement rendu au sujet de plusieurs défendeurs déterminés. Cette proposition n'est alors pas générale et abstraite parce qu'elle n'attache pas un effet juridique à un présupposé composé de mots utilisés abstraitement. Au contraire, à travers l'expression « tous les défendeurs » cette phrase *désigne* des personnes individualisées. Cet exemple nous mènera à une dernière analyse concernant un certain type de décision.

96. M. MAYER a mis en évidence l'existence de décisions qu'il qualifie de « *décisions collectives* » par oppositions aux « *décisions individuelles* »¹⁶³. Aucune décision ne serait jamais abstraite, mais parfois elles seraient générales. Ce serait précisément le cas des décisions collectives¹⁶⁴. Nous n'approuvons cette analyse qu'à la condition de préciser que la « généralité » dont il est question au sujet des décisions collectives est fondamentalement différente de celle inhérente aux règles.

97. Notre auteur remarque qu'il arrive au législateur de prendre des décisions collectives dans une loi d'amnistie ou de nationalisation, par exemple¹⁶⁵. Une seule illustration nous suffira. Soit la loi d'amnistie suivante : « *les contraventions commises antérieurement au 20 juin 1969 sont amnistiées* »¹⁶⁶. À première vue, une telle disposition ne paraît pas différer d'une règle générale et abstraite. Et pourtant, la différence est fondamentale. Nous l'avons trouvée explicitée chez POPPER qui distingue l'énoncé « *universel au sens strict* » des « *énoncés numériquement universels* »¹⁶⁷. Le premier type d'énoncés est « un énoncé-à-

¹⁶³ P. MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, op. cit., n° 68 et s., pp. 49 et s.

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ *Ibid.*, n° 71, p. 50 ; n° 82 et s., pp. 56 et s.

¹⁶⁶ *Ibid.*, n° 56, p. 40.

¹⁶⁷ K. R. POPPER, *La logique de la découverte scientifique*, préf. J. MONOD, traduit de l'anglais par N. THYSSEN-RUTTEN et Ph. DEVAUX, *The logic of scientific discovery* [1959], Paris, Éditions Payot & Rivages, 1973, réimpr. 2002, n° 13, 60.

propos-de-tous, *c'est-à-dire une affirmation universelle relative à un monde illimité d'individus* ». Les énoncés numériquement universels, au contraire, peuvent « être remplacés par une conjonction d'énoncés singuliers car si un temps suffisant est donné, l'on peut énumérer tous les éléments de la classe (finie) en question »¹⁶⁸.

98. Ce type d'« universalité numérique » nous confronte avec une nouvelle forme de généralité. De fait, celle-ci vise *tous* les représentants d'une classe en nombre *limité*. Mise à part la loi d'amnistie, un autre exemple d'un tel énoncé général consisterait à dire que « tous les élèves de cette classe sont présents », c'est-à-dire que « A est présent, B est présent, C est présent,... et N est présent ». Mais qui ne voit que cette forme de généralité, que nous appellerons, « collective », diffère de la généralité absolue que nous avons étudiée plus haut ?

99. Reprenons l'exemple de l'article 144 du Code civil d'après lequel « *l'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus* ». Cette règle est un énoncé universel au sens strict ou général au sens absolu, parce qu'elle est applicable, *sans limite*, à *tous* les hommes et à *toutes* les femmes qui souhaitent, aujourd'hui ou demain, contracter mariage. Par contre, n'est pas universelle au sens strict, la loi d'amnistie selon laquelle « *les contraventions commises antérieurement au 20 juin 1969 sont amnistiées* ». Cette disposition peut en effet être remplacée par autant de décisions singulières qu'il y a eu de contraventions commises avant cette date. Elle est donc *numériquement universelle* ou générale au sens de généralité collective.

100. Finalement, il apparaît que les décisions collectives ont le même statut qu'une décision singulière. Non, seulement, l'une comme l'autre sont des dispositions concrètes. Mais en plus, les décisions ne peuvent jamais être dites générales au sens où le sont les règles. La généralité des règles est une généralité absolue. Les règles sont universelles au sens strict, parce qu'elles sont affirmées par rapport à tous. Les décisions collectives ne sont rien d'autres en fin de compte qu'une énumération de décisions singulières. Elles ne sont jamais universelles au sens strict¹⁶⁹. C'est la raison pour laquelle on peut les classer dans la catégorie

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ Pour M. MAYER, les décisions collectives sont des dispositions générales qui ne sont pas abstraites (n° 68, p. 48 et n° 71 p. 50). Nous sommes d'accord pour dire qu'elles ne sont pas abstraites. Elles sont, au contraire, concrètes. Mais elles ne sont pas non plus générales, au sens d'« universelles au sens strict ». La généralité en cause ici, est une fausse généralité, une généralité de fait, une « universalité numérique ».

des énoncés singuliers¹⁷⁰. En dernière analyse, toutes les décisions, y compris celles que l'on qualifie de « collectives », peuvent donc se réduire à dispositions singulières et concrètes¹⁷¹.

101. Par conséquent, nous avons pu distinguer quatre types de généralités : la généralité absolue (concernant tous les référents d'un ensemble illimité), la généralité collective (concernant tous les référents d'un ensemble limité), la généralité par degrés (considérant la fréquence d'application potentielle de règles) et la généralité relative (concernant la majorité des référents d'un ensemble).

En distinguant dans le paragraphe suivant entre les différents degrés d'abstraction du droit, nous approfondirons, à vrai dire, la notion de généralité par degrés.

SECTION II LES DEGRÉS D'ABSTRACTION DU DROIT

102. Rappelons-nous que ce premier chapitre de thèse a pour objet de décrire la concrétisation du droit par le juge. Or, si cette concrétisation du droit consiste, certes, à passer de la règle générale et abstraite à une décision singulière et concrète, elle désigne tout de même un processus autrement plus raffiné. Pour bien en saisir la dynamique, il nous semble d'abord instructif de mettre en évidence un degré de généralité et d'abstraction absolu des règles de droit (§ I). Celui-ci réside, nous semble-t-il, dans le principe de justice formelle suivant lequel il faut traiter de la même façon des cas d'espèce semblables. Ensuite, nous distinguerons entre plusieurs degrés intermédiaires d'abstraction du droit (§ II). C'est qu'il arrive aux magistrats, avant que d'énoncer leur décision singulière et concrète, de poser des règles moins générales concrétisant précisément les dispositions qu'ils ont pour mission d'appliquer, alors qu'à d'autres occasions, ils induiront un principe nouveau, plus général, à partir d'un certain nombre de règles préexistantes.

¹⁷⁰ En ce sens, v. K. POPPER, *op. cit.*, n° 13, p. 60 : « *Les énoncés numériquement universels [...] seront classés parmi les énoncés singuliers* ».

¹⁷¹ Nous avons vu l'exemple d'une loi énonçant une décision collective. On peut également imaginer des *jugements collectifs*. Il en serait ainsi de la décision qui disposerait que « tous les défendeurs doivent payer 10.000 € à la victime à titre de dommages-intérêts ». Une telle décision pourrait être remplacée par plusieurs décisions singulières : A doit 10.000 € à V, B doit 10.000 € à V et C doit 10.000 € à V.

§ I – LE DEGRÉ DE GÉNÉRALITÉ ET D'ABSTRACTION ABSOLU DES RÈGLES DE DROIT : LA RÈGLE DE JUSTICE FORMELLE

103. L'étude approfondie de cette règle, que les Allemands appellent le *Gleichbehandlungsgrundsatz*, revient au juriste-philosophe-logicien belge, Chaïm PERELMAN¹⁷². Le désormais célèbre directeur du *Centre National de Recherches de Logique* de Belgique remarquait, lors de ses recherches sur la notion de justice, que « *l'extraordinaire, c'est que ce soient aussi bien les partisans d'un ordre nouveau que les défenseurs de l'ordre ancien qui appellent de leur vœux le règne de la Justice. [...] Et aucun ne se trompe, car chacun parle d'une autre justice* »¹⁷³. De façon plus générale il constate que les « *conceptions les plus courantes de la justice* » ont, très souvent, un caractère « *inconciliable* »¹⁷⁴. D'où l'idée de faire une « *analyse logique de la notion de justice* »¹⁷⁵ qui servirait à clarifier cette idée passablement confuse et qui consisterait à dégager ce qu'il y a de commun dans les diverses formules concrètes de la justice¹⁷⁶. Ces formules, les voici : 1. *À chacun la même chose*, 2. *À chacun selon ses mérites*, 3. *À chacune selon ses œuvres*, 4. *À chacun selon ses besoins*, 5. *À chacun selon son rang*, 6. *À chacun selon ce que la loi lui attribue*.

104. Notre auteur commence par remarquer que, depuis toujours, tout le monde est d'accord pour lier l'idée de justice à l'idée d'égalité. Or, d'un point de vue logique, « *deux objets a et b sont égaux, s'ils sont interchangeables, c'est-à-dire si toute propriété de l'un de ces objets est aussi une propriété de l'autre. En termes normatifs, il en résulte que, si a et b sont égaux, tout ce qui est dit de l'un de ces objets, doit pouvoir être dit de l'autre, car ces*

¹⁷² En ce sens, v. Ch. PERELMAN, « La règle de justice », *Dialectica, Revue internationale de philosophie de la connaissance*, Suisse, La Neuveville, Editions du Griffon, tirage à part, vol. 14, n° 2/3, 15.6.-15.9.1960, p. 230 ; du même auteur, *Justice et raison*, Bruxelles, Presses universitaires de Bruxelles, 1963, spéc. p. 21 et s., ce recueil de textes reprend p. 224 et s. l'article précité paru dans *Dialectica* ; du même auteur, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, col. Méthodes du droit, 2^{ème} éd., 1979, n° 49, p. 100 ; Ch. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation, La nouvelle rhétorique*, préf. M. MEYER, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 5^{ème} éd. 2000, § 52, p. 294.

¹⁷³ Ch. PERELMAN, *Justice et raison, op. cit.*, p. 14.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 15.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 21.

¹⁷⁶ En ce sens, v. *ibid.*, p. 15.

deux affirmations sont équivalentes, ont la même valeur de vérité »¹⁷⁷. La conséquence qui résulte de cette analyse logique de la relation d'égalité aboutit à la formulation d'une règle de justice qui consiste à dire qu'« *il est juste de traiter de la même façon des êtres égaux* »¹⁷⁸.

105. Le problème est que cette règle, exigeant le traitement égal d'êtres égaux, ne trouve guère à s'appliquer, car elle supposerait, ce qui est fort douteux, que deux êtres pussent être parfaitement égaux, c'est-à-dire posséder exactement les mêmes propriétés. Dès lors, il convient, pour attribuer un champ d'application à la règle de justice formelle, d'exiger, non pas qu'il faille traiter de la même façon des êtres *égaux à tous points de vue*, mais des êtres *égaux à un ou plusieurs points de vue* seulement¹⁷⁹. Aussi pourrions-nous dire que Jeanne et Marie sont différentes à bien des égards, notamment du point de vue de leur taille, car l'une est plus grande que l'autre. Mais elles sont toutes les deux des femmes et elles ont toutes les deux vingt ans. Elles sont donc égales du point de vue de l'âge nubile qui s'élève dix-huit ans : l'une comme l'autre ont atteint cet âge. En conséquence elles peuvent contracter mariage (l'article 144 du Code civil).

106. Bien sûr, concernant la règle de justice formelle, toute la question sera de savoir quels sont les éléments pertinents ou essentiels dont il faudra tenir compte pour établir une égalité entre êtres ou situations déterminés. PERELMAN évite sciemment le problème en qualifiant les divergences qui importent de « *différences essentielles* » entre deux êtres¹⁸⁰. Ce tour de passe-passe formel lui permet alors d'énoncer la règle de justice formelle : « *la règle de justice exige que soient traités de la même façon [...les êtres] qui sont essentiellement semblables* »¹⁸¹. Présentée de façon légèrement différente elle est « *un principe d'action selon lequel les êtres d'une même catégorie essentielle doivent être traités de la même façon* »¹⁸². Ailleurs on lira que « *la règle de justice exige l'application d'un traitement identique à des êtres ou à des situations que l'on intègre à une même catégorie* »¹⁸³. Bref, c'est la catégorie

¹⁷⁷ Ch. PERELMAN, « La règle de justice », *art. préc.*, p. 231.

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ En ce sens, v *ibid.*, p. 232.

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 233 (en italique dans le texte).

¹⁸² Ch. PERELMAN, *Justice et raison*, *op. cit.*, p. 26 (en italique dans le texte).

¹⁸³ Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, *op. cit.*, § 52, p. 294.

qui exprime l'élément ou le point de vue relevant. Or, à partir du moment où l'on a classé plusieurs référents dans une même catégorie, on admet par là-même que ces référents sont identiques du point de vue de cette catégorie. Par exemple, si je range certains des fruits que viens d'acheter dans un cageot réservé aux pommes, j'admets que ces fruits ont tous en commun d'être des pommes. De ce point de vue, ils sont égaux, même si les uns sont sucrés, les autres acides, les uns verts, les autres rouges etc.

107. L'expression « règle de justice formelle » appelle plusieurs commentaires. PERELMAN parle d'une règle de *justice*, précisément parce qu'il l'a mise en évidence en cherchant un « *commun dénominateur* » à toutes les formules concrètes de justice¹⁸⁴. Or, ce point commun à toutes les formules de justice, il l'a trouvé dans l'idée d'égalité : traitement égal, pour situations égales. Mais là s'arrête le contenu de la justice formelle qui ne s'exprime nullement sur le sens de la justice concrète. Plus précisément, la règle de justice est dite « formelle » « *parce qu'elle ne nous dit pas quand les êtres sont essentiellement semblables ni comment il faut les traiter* »¹⁸⁵. En conséquence, l'application de la règle de justice dans un cas concret nécessite la concrétisation de cette règle, la détermination de son contenu, de sa signification.

108. Les règles de droit concrétisent la règle de justice formelle. PERELMAN dira qu'« *en se conformant à la règle de droit, on se conforme à la règle de justice, précisée selon la volonté du législateur* »¹⁸⁶. M. MACCORMICK confirme cette idée lorsqu'il écrit que « *les normes d'un système de droit fournissent une conception concrète de la justice* ». Il ajoute à titre d'exemple que « *la loi sur la vente de marchandises [...] incorpore d'une certaine façon (à un niveau de spécificité relativement faible) une conception particulière de la justice dans les transactions commerciales* »¹⁸⁷. Cet exemple a le mérite de souligner que toutes les règles du droit positif sont une concrétisation du principe de justice formelle. Raisonçons encore une fois, pour faire simple et pour illustrer davantage, avec l'article 144 du Code civil. Le lecteur sait que ce texte dispose que *tous les hommes avant dix-huit ans révolus* (catégorie essentielle) *et toutes les femmes avant dix-huit ans révolus* (catégorie essentielle), *ne peuvent contracter*

¹⁸⁴ Ch. PERELMAN, *Justice et raison, op. cit.*, p. 26.

¹⁸⁵ Ch. PERELMAN, « La règle de justice », *art. préc.*, p. 233.

¹⁸⁶ *Ibid.*

¹⁸⁷ N. MACCORMICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit, op. cit.*, pp. 85-86.

mariage (traitement identique). La généralité et l'abstraction de l'effet et du présumé de cette norme impliquent le traitement égal de situations semblables.

109. Toutes les règles de droit concrétisent la règle de justice formelle en ce sens qu'elles ordonnent de traiter d'une façon déterminée certaines catégories d'êtres. Symétriquement, il est possible d'abstraire ou d'induire la règle de justice formelle de chacune d'entre elles¹⁸⁸. C'est donc *parce que la règle de justice formelle est le dénominateur commun de toutes les règles de droit, que nous nous permettons de dire que cette règle constitue leur degré d'abstraction absolu*. Il n'est d'ailleurs pas sans intérêt de remarquer que ce sont la généralité et l'abstraction des règles qui permettent un traitement égal de situations semblables. La règle de droit s'exprime au moyen d'abstractions. Elle décrit dans son présumé des situations types sans désigner une situation déterminée qui s'est déjà produite. Elle vise donc des catégories de situations. Une règle de droit est applicable à toutes les situations concrètes qui se ressemblent, non pas dans l'absolu, mais au regard des catégories dont la règle se sert dans son présumé. Pour toutes ces situations semblables elle ordonne un même effet juridique, c'est-à-dire un traitement identique.

110. Il reste une dernière remarque de la plus haute importance. ***La règle de justice n'est pas une règle juste, ni d'ailleurs une règle injuste***. S'il en est ainsi, c'est précisément parce qu'elle est formelle. De même, parce qu'elle est formelle, ***elle ne nous permet pas de dire quand une règle du droit positif est juste ou injuste***. PERELMAN dira très clairement que « *le droit positif ne peut jamais entrer en conflit avec la justice formelle, vu qu'il ne fait que déterminer les catégories essentielles dont parle la justice formelle, et sans la détermination desquelles l'application de la justice est tout à fait impossible* »¹⁸⁹. Bref, « *on jugera le droit à l'aide, non pas de la justice formelle, mais de la justice concrète, c'est-à-dire d'une conception particulière de la justice qui suppose une échelle de valeurs déterminée* »¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Certains lecteurs se posent peut-être la question du rapport entre l'*abstraction* et l'*induction*. Cette question nous paraît excessivement difficile parce qu'elle a trait, en fin de compte, à des opérations mentales. Or, nous n'avons aucune compétence pour nous prononcer sur des opérations psychiques. Cela dit, il nous semble que le mot « abstraction » est utilisé pour désigner le processus mental à l'œuvre dans la formation des idées générales, c'est-à-dire de nos concepts (v. sur l'« abstraction-opération », *supra*, n° 69). Le mot « induction » nous semble être utilisé pour désigner le processus mental à l'œuvre dans la formulation d'une proposition générale et abstraite (v. sur l'« induction », *infra*, n° 769 et s.). Mais comme la formulation d'énoncés généraux se sert de concepts généraux et abstraits, il semblerait que l'induction suppose la capacité d'abstraction.

¹⁸⁹ Ch. PERELMAN, *Justice et raison*, *op. cit.*, p. 38.

¹⁹⁰ *Ibid.*

111. Comme la règle de justice formelle n'est elle-même ni juste, ni injuste et qu'elle ne permet pas d'apprécier le caractère juste du droit positif, l'on peut se demander si l'expression « règle de *justice* » est encore fondée. Nous pensons que tel est le cas. Cette règle exprime une idée minimale de la justice, à savoir l'idée d'égalité : « *non que l'égalité, envisagée seule, puisse jamais être la justice, mais parce que sans elle la justice ne se conçoit pas* »¹⁹¹. Il serait donc inexact de prétendre que cette règle n'a pas de sens.

112. Nous avons vu que chaque règle du droit positif concrétise l'idée de justice formelle. Mais le phénomène de la concrétisation du droit ne s'arrête pas là. En effet, jusqu'à présent, nous nous sommes simplement appliqués à démontrer que chaque règle du droit positif contient virtuellement le principe d'égalité. Mais il s'agit là d'une manière théorique de voir le droit positif, situant, par conséquent, la concrétisation du droit sur *un plan purement théorique*. La concrétisation peut encore se placer sur un autre plan lorsqu'elle est l'œuvre d'un interprète des règles de droit, fût-il un juge. La concrétisation se situe alors, dirons-nous, sur *un plan pratique*. Cela dit, ces deux plans se superposent. La concrétisation pratique du droit s'explique par le phénomène de sa concrétisation théorique. Nous le verrons en traitant des degrés intermédiaires d'abstraction des règles de droit.

§ II – LES DEGRÉS INTERMÉDIAIRES D'ABSTRACTION DES RÈGLES DE DROIT

113. Le phénomène de concrétisation (pratique) dont il sera désormais question est celui dont PORTALIS faisait déjà état dans le *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*¹⁹² :

L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière.

¹⁹¹ T. SAUVEL, « La notion de précédent », *D. chr.* 1955.95, col. droite.

¹⁹² J.-É.-M. PORTALIS, « Discours préliminaire sur le projet de code civil », in *Jean-Étienne-Marie Portalis, Écrits et discours juridiques et politiques*, préf. A. SÉRIAUX, Aix-Marseille, PUAM, coll. des Publications du centre de philosophie du droit, 1988, p. 26.

C'est au magistrat et au juriste, pénétrés de l'esprit général des lois,
à en diriger l'application.

114. De façon plus contemporaine, on lira chez M. CANARIS et LARENZ que le « *problème majeur de celui qui applique les normes est [...] l'écart entre l'inévitable généralité de la norme et les spécificités du "cas" concret. Dépasser cet écart ou bien plutôt le négocier (vermitteln), est la tâche de la "concrétisation" de la norme* »¹⁹³. « Négocier l'écart » entre la norme abstraite et le cas concret ou « diriger l'application » des lois générales, c'est bien de la même activité qu'il s'agit. Un mot sur la notion d'« écart » tout de même. En raison de leur abstraction et de leur généralité, les mots permettent de catégoriser le réel (les référents) ou, plutôt, les expériences que nous faisons avec lui¹⁹⁴. Mais, tout en permettant de classer nos expériences, ils simplifient le monde dans lequel nous vivons. C'est là précisément où se situe l'écart, entre le mot abstrait, schéma simplificateur, et la réalité concrète, toute en nuance.

115. Les magistrats, dans leur rôle d'intermédiaires entre le cas concret et la règle abstraite, sont amenés à préciser le contenu des normes dans leur « jurisprudence ». Entre la décision concrète et la norme abstraite élaborée par le législateur, voire par les juges eux-mêmes, le magistrat s'emploie à intercaler, de son propre chef, des règles générales et abstraites qui viennent concrétiser, à un degré d'abstraction et de généralité moindre, les normes déjà existantes. Nous dirons que le juge déduit, ce que l'on peut appeler, une « règle concrétisante » (A). Cependant, le processus de concrétisation peut encore se dérouler en sens inverse. C'est qu'il arrive aux juges de formuler un principe nouveau en passant d'une ou de plusieurs règles légales données à un degré d'abstraction et de généralité supérieur. On peut alors parler d'un processus d'abstraction ou d'induction du droit (B)¹⁹⁵. Ces sont ces deux mouvements, descendant et ascendant, qui retiendront désormais notre attention.

¹⁹³ K. LARENZ, Cl.-W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, Heidelberg, Springer-Verlag, Lehrbuch, 1995, 3^{ème} éd., K. 1, 3, c), p. 34.

¹⁹⁴ En ce sens, v. *infra*, n° 140 et n° 173.

¹⁹⁵ Sur le rapport entre l'« induction » et l'« abstraction », v. nos remarques *supra*, note n° 188.

A. – LA DÉDUCTION D’UNE RÈGLE CONCRÉTISANTE

116. La règle concrétisante est une règle intermédiaire que le magistrat a insérée, explicitement ou implicitement, entre le cas concret et la règle légale. Mais avant d’évoquer ces règles prétoriennes, il vaut la peine de remarquer que la concrétisation est parfois l’œuvre du législateur. Le droit des biens en fournit d’excellentes illustrations. Ainsi, l’article 524 du Code civil définit d’abord de façon générique le concept d’« immeuble par destination » en disposant que « *les animaux et les objets que le propriétaire d’un fonds y a placés pour le service et l’exploitation de ce fonds, sont immeubles par destination* »¹⁹⁶. Il suit alors une énumération haute en couleurs rappelant la France rurale de l’époque de la rédaction du Code en 1804 : « *Ainsi, sont immeubles par destination, quand ils ont été placés par le propriétaire pour le service et l’exploitation du fonds : Les animaux attachés à la culture ; Les ustensiles aratoires ; Les semences données aux fermiers ou colons partiaires ; les pigeons des colombiers ; les lapins des garennes, les ruches à miel, etc.* ». Chacun de ces exemples doit être considéré comme la concrétisation du concept d’immeuble par destination. Dans l’immense majorité des cas ce sont toutefois les magistrats qui concrétisent les règles de droit. Ce sont eux qui en « dirigent l’application ».

117. Prenons, par exemple, l’article 1385 du Code civil à propos de la responsabilité du fait des animaux. Il dispose que « *le propriétaire d’un animal, ou celui qui s’en sert, pendant qu’il est à son usage, est responsable du dommage que l’animal a causé, soit que l’animal fût sous sa garde, soit qu’il fût égaré ou échappé* ». Cet article, considéré aujourd’hui comme une simple « *illustration* »¹⁹⁷, nous dirions concrétisation législative, du principe général de la responsabilité du fait des choses (a. 1384 al. 1 C. civ.), a été progressivement spécifié par la jurisprudence. Cette spécification jurisprudentielle illustre très bien le destin de la plupart des règles de droit dans leur processus d’application. M. CANARIS et LARENZ écrivent qu’« *au commencement se trouve le texte de loi, apparemment univoque et simple à appliquer, à la fin, si tant est qu’il y en ait une, un tissu d’interprétations, de restrictions et de précisions, lequel règle le détail de son “application”* »

¹⁹⁶ Il s’agit de la définition telle qu’elle résulte d’une loi modificative du 6 janvier 1999. Mais la formule originelle était quasiment identique à la définition actuelle, sauf qu’elle ne faisait pas état des « animaux ».

¹⁹⁷ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 9^{ème} éd., 2005, n° 746, p. 728.

et qui modifie largement, voire jusqu'à la méconnaissance dans les cas extrêmes, son contenu désormais jugé déterminant »¹⁹⁸. Jetons un coup d'œil à ce « tissu » ou cette « toile » (*Netzwerk*) que la jurisprudence a tissé autour de l'article 1385¹⁹⁹.

118. Le concept « animal » englobe sans hésitation un **cheval** qui divague sur une route et qui heurte une automobile blessant gravement le passager. Le propriétaire de la bête en est responsable²⁰⁰. Il en va de même d'un **bovin** qui s'échappe de son herbager²⁰¹, ou des **chiens** échappés du domicile de leur maître²⁰². Ces solutions s'expliquent aisément. L'article 1385 « *n'entend assurer la réparation que des dommages causés par des animaux qui peuvent faire l'objet d'une garde* »²⁰³. *A contrario*, le dommage causé par un animal qui ne peut faire l'objet d'aucune garde, ne peut être régi par l'article 1385. Il en va ainsi par exemple du **sanglier** qui sort d'une propriété et qui heurte et endommage un véhicule s'immobilisant dans un fossé et blessant ainsi les passagers²⁰⁴. Mais alors, que fallait-il décider dans cette étonnante histoire où un chauffeur de camion, stationnant d'abord devant la propriété d'un apiculteur, a, suite à une piqûre d'**abeille**, enfoncé 18 kilomètres plus loin le mur d'une autre propriété tout en endommageant le véhicule et les marchandises qu'il transportait ? Le conducteur pouvait-il agir sur le fondement de l'article 1385 contre l'apiculteur, en sachant qu'il était établi que des abeilles provenant des ruches de l'apiculteur avaient pénétré dans la cabine du camion et que l'une d'entre elles avait piqué le camionneur ? La Cour de cassation répondit par l'affirmative²⁰⁵. Les abeilles provenant d'une ruche à miel sont des « animaux » au sens de l'article 1385. Cette solution s'explique aussi. Nous avons rencontré plus haut l'article 524 du Code civil qui dispose que « *les animaux et les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds, sont immeubles par destination* ». Cette fiction juridique qui immobilise les animaux a une fonction économique. Il s'agit d'assurer l'« *unité économique de l'exploitation* » en la

¹⁹⁸ K. LARENZ, Cl.-W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft, op. cit.*, K. 1, 3, c), p. 33.

¹⁹⁹ Pour un aperçu global, v. F. BÉNAC-SCHMIDT, « Responsabilité du fait des animaux », *Rép. Dalloz. civ.*

²⁰⁰ Civ. 1^{ère}, 13 avr. 1999, *D.* 1999, IR, p. 135.

²⁰¹ Civ. 2^{ème}, 5 mai 1977, *Bull. civ. II*, n° 118.

²⁰² Civ. 2^{ème}, 30 nov. 1977, *Gaz. Pal.* 1978.1, somm. p. 77.

²⁰³ F. BÉNAC-SCHMIDT, « Responsabilité du fait des animaux », *art. préc.*, n° 11, p. 3.

²⁰⁴ Civ. 2^{ème}, 1^{er} juin 1972, *D.* 1972.554.

²⁰⁵ Civ. 2^{ème}, 6 mai 1970, *D.* 1970.528.

soumettant, comme ensemble, à un régime juridique unique, ce qui présente un intérêt notamment en cas de vente ou de saisie²⁰⁶. Or, parmi les animaux immobilisés figurent à titre énonciatif les « *ruches à miel* » (a. 524 al. 8). Il en résulte que ces animaux « *font juridiquement l'objet d'une appropriation* », ce qui explique l'application de l'article 1385²⁰⁷. La même explication vaut pour l'application de ce texte au dommage que des **pigeons** ont pu causer à une récolte de tournesols, étant donné que les animaux provenaient d'un pigeonnier voisin²⁰⁸. Or, l'on sait que les « *pigeons des colombiers* » sont aussi des immeubles par destination (a. 524 al. 7).

119. Toutes ces décisions ou « jurisprudences » donnent du corps à l'article 1385 du Code civil. Elles comportent toutes des règles intermédiaires ou règles concrétisantes « dirigeant » ou « négociant » la mise en œuvre d'une règle de droit plus générale. Peu importe, à cet égard, que la règle prétorienne soit formulée explicitement ou non dans les motifs de la décision. Notre thèse est qu'il est *toujours* possible de découvrir dans une décision une règle concrétisante qui dépasse les faits de l'espèce²⁰⁹. Lorsque le magistrat n'a pas lui-même formulé explicitement la règle concrétisante, il est loisible à l'interprète de la décision de partir à la recherche d'une règle implicite. Aussi peut-on rencontrer, dans nos arrêts rapportés au sujet de l'article 1385, des règles plus ou moins implicites que l'on pourrait énumérer de la façon suivante : *les chevaux égarés sont des animaux au sens de l'article 1385 du Code civil ; les bovins échappés sont des animaux au sens de l'article 1385 du Code civil ; les abeilles provenant des ruches d'un apiculteur sont des animaux au sens de l'article 1385 du Code civil etc.*²¹⁰. C'est d'ailleurs sous cette forme que la jurisprudence est

²⁰⁶ G. CORNU, *Droit civil, Introduction, op. cit.*, n° 909, p. 397.

²⁰⁷ F. BÉNAC-SCHMIDT, « Responsabilité du fait des animaux », *art. préc.*, n° 17, p. 4.

²⁰⁸ Civ. 2^{ème}, 24 mai 1991, *Bull. civ. II*, n° 155.

²⁰⁹ En ce sens, v. N. MACCORMICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit, op. cit.*, p. 115 : « *La notion de justice formelle exige que la justification des décisions rendues dans des cas d'espèce particuliers se fonde toujours sur des propositions universelles que le juge est prêt à appliquer à tous les autres cas d'espèces semblables à celui dont il est aujourd'hui saisi* ».

²¹⁰ Chacune de ces propositions constitue, en vérité, une définition du mot « animal » au sens de l'article 1385 du Code civil. Plus précisément, chacune d'entre elles contribue à l'élaboration d'une définition par « *énumération indicative* » du mot « animal » (S. BALIAN, *Essai sur la définition dans la loi*, thèse dactyl., Paris II, 1986, n° 183, p. 181). Une telle définition ne consiste pas en une « *formulation générique* » et elle « *n'épuise pas le terme qu'elle tend à définir* » (*ibid.*). L'on pourrait dire aussi que chacune de ces dispositions contribue seulement à définir l'*extension* du concept « animal » (sur les définitions en extensions, v. *infra*, n° 268).

Ces définitions constituent des règles concrétisantes parce que les définitions constituent des règles (en ce sens, v. *ibid.*, n° 270, p. 259 ; J. RAY, *Essai sur la structure logique du Code civil, op. cit.*, pp. 219-220). Pour ROBINSON (*Définition*, Oxford, Clarendon Press, 1950) « *l'essence d'un mot univoque, ou d'un usage*

présentée dans les éditions commerciales de nos codes et dans nos ouvrages décrivant le droit positif. Ces règles *explicites* ou *implicites* constituent, nous semble-t-il, la *ratio decidendi* des décisions qui les contiennent²¹¹.

120. La règle implicite qui peut ainsi fonder une décision s'explique, quant à elle, par la règle de justice formelle ou le principe d'égalité. De fait, en continuant à raisonner sur nos applications du mot « animal », on se rend bien compte que c'est la règle de justice formelle qui permet de justifier pourquoi la décision prise à l'égard de tel cheval égaré ou de telle abeille affolée doit être répétée au sujet de *tous* les chevaux ou de *toutes* les abeilles. C'est parce que l'on doit traiter de la même manière des cas d'espèce semblables qu'il est permis de généraliser à partir du cas particulier.

Passons à un autre aspect du processus de la concrétisation du droit.

B. – L'INDUCTION D'UN PRINCIPE

121. Comme « *les principes juridiques sont abondamment mis à contribution pour ne rien exprimer* »²¹², il n'est peut-être pas inutile d'en fournir une définition. Nous appelons, précisément, « principe de droit » la norme générale et abstraite susceptible de fonder une ou

univoque, est qu'il est toujours appliqué selon une règle unique » (p. 128). Une définition énonce, en vérité, les conditions d'application d'un mot. Il en résulte que le schéma de la définition juridique peut être ainsi formulé : *Lorsqu'un référent remplit les conditions d'application d'un mot, alors le juge doit qualifier le référent avec ce mot*. En l'espèce, l'une de nos définitions par énumération indicative nous apprend, par exemple, que la condition d'application (suffisante) du mot « animal » est le fait pour un référent d'être « une abeille provenant de la ruche d'un apiculteur ». Aussi, pourrions-nous formuler la règle suivante : *Lorsqu'un être (le référent) est une abeille provenant de la ruche d'un apiculteur, alors le juge doit qualifier cet être d'« anima » au sens de l'article 1385 du Code civil*. Une remarque s'impose toutefois encore. Nous pensons qu'une définition, pour pouvoir exercer la fonction d'une règle, doit énoncer au moins les conditions *suffisantes* pour l'application du mot défini. Si tel n'était pas le cas, l'on ne saurait pas, si oui ou non il faudrait appliquer le mot. De fait, lorsqu'une définition n'énonce que les conditions d'application *nécessaires*, mais non *suffisantes*, d'un mot, alors l'on n'est pas en mesure de savoir si ces conditions suffisent ou non pour appliquer le mot. Par exemple, l'on pourrait dire que l'une des conditions d'application du mot « chien » c'est d'être un « animal à quatre pattes ». Mais l'énoncé de cette condition ne permet pas de dire que tel animal est un chien, seulement parce qu'il est quadrupède. Par contre, si cette condition était vraiment une condition indispensable à l'application du mot « chien », alors l'on comprend que la non-occurrence de cette condition permettrait avec certitude de ne pas appliquer ce mot à un référent déterminé. En d'autres termes, les définitions n'énonçant que des conditions nécessaires, mais non suffisantes, peuvent servir de règles d'exclusion.

²¹¹ Sur la notion de *ratio decidendi*, v. *infra*, n° 565 et s.

²¹² P. MORVAN, « Les principes », *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS (sous la direction de), Paris, Lamy-PUF, Quadrige, 2003, p. 1201, col. gauche.

plusieurs normes d'un degré de généralité et d'abstraction moindre. Par conséquent, *toute règle est le principe d'une autre règle dès lors que la seconde peut être considérée comme la concrétisation de la première*. Aussi, selon nous, la qualification de principe n'est-elle pas intrinsèque à une norme. Elle résulte bien plus du *rapport d'inclusion* que des règles moins générales entretiennent avec une norme plus générale. Cette définition, toute relative, du mot principe se concilie d'ailleurs fort bien avec la signification première de ce mot. Celui-ci est, en effet, un « *commencement, point de départ* »²¹³.

122. Après cette définition de la notion de principe, revenons au processus de la concrétisation du droit. Au point précédent nous avons mis en évidence qu'il arrive fréquemment au juge de déduire d'une règle de droit existante d'autres règles se situant à un degré de généralité et d'abstraction moindre. À présent, il s'agit de souligner que l'opération inverse est également concevable. Nous entendons par là qu'il arrive au juge d'induire²¹⁴ ou d'abstraire²¹⁵, à partir de certaines règles de droit existantes, une norme se situant à un degré de généralité et d'abstraction plus élevé, c'est-à-dire un principe. Cette affirmation mérite quelques précisions.

123. Lorsque nous parlons d'induction ou d'abstraction de principes, nous faisons une incursion sur le terrain de la *découverte* des solutions juridiques. Or, ainsi que nous l'avons déjà vu et que nous le développerons plus tard, la découverte des solutions en droit restera probablement toujours un mystère²¹⁶. En effet, celle-ci relève de la psychologie des interprètes et en partie, sans aucun doute, de leur imagination. Par conséquent, il peut paraître vain pour le juriste d'affirmer que les principes s'obtiennent par induction ou par abstraction.

²¹³ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit., v° « Principe ». Cette analyse de la notion de principe est également corroborée par diverses significations du mot « principe » dans le vocabulaire juridique. Ainsi, le *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri Capitant nous apprend que le principe est d'abord « *une règle ou norme générale, de caractère non juridique d'où peuvent être déduites des normes juridiques. Ex. le principe des nationalités, celui de la souveraineté nationale* ». En un deuxième sens, il est la « *règle juridique établie par un texte en des termes assez généraux destinée à inspirer diverses applications et s'imposant avec une autorité supérieure* » (G. CORNU (sous la dir. de), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, PUF, 8^{ème} éd., 2000, v° « Principe »).

²¹⁴ L'induction se définit couramment comme la « *formulation d'un énoncé général à partir de la constatation d'un ensemble de faits particuliers* » (A. BIENVENU, « Induction », in *Grand dictionnaire de la philosophie*, Paris, Larousse, CNRS Éditions, 2003, p. 551). Pour plus de détails sur la notion d'induction, v. *infra* n° 769 et s. Sur le rapport entre l'induction et l'abstraction, v. *supra*, note n° 188.

²¹⁵ Nous avons vu que l'« abstraction » se définit comme la faculté de l'intelligence, opération de l'esprit qui sépare, isole, pour le considérer indépendamment, un élément (qualité, relation), de l'objet auquel il est uni, et qui ne se présente pas séparément dans la réalité (sur ce point, v. *supra*, n° 69 et 70).

²¹⁶ Sur ce point, v. *supra*, n° 52.

124. Qu'entendons-nous dès lors par l'induction ou l'abstraction d'un principe ? Nous n'y voyons certainement pas un processus rigoureux de découverte. Plus simplement, nous entendons par ces expressions un processus plus ou moins obscur de l'esprit consistant à rattacher un principe à plusieurs règles existantes qui le fondent. De plus, nous n'affirmons nullement qu'un principe est nécessairement induit ou abstrait de règles existantes, car rien ne semble s'opposer à ce qu'il soit simplement inventé en prenant appui sur une seule, voire aucune, règle existante. Quoi qu'il en soit, il nous paraît essentiel de voir que le raisonnement du juge est susceptible de dépasser les règles de droit existantes, par l'affirmation de normes supérieures en généralité et abstraction. C'est donc en ce sens, bien vague il vrai, que nous parlons d'induction ou d'abstraction d'un principe²¹⁷.

125. L'« histoire du marchand d'engrais » constitue sans doute l'exemple le plus célèbre d'induction d'un principe en droit français²¹⁸. En l'espèce, un marchand avait vendu à un fermier de l'engrais dont ce dernier s'était servi lors de l'ensemencement des champs qu'il avait pris à ferme. Il existait donc deux contrats : un contrat de bail à ferme entre le propriétaire des terres et le fermier et un contrat de vente d'engrais entre le marchand et le fermier. Par la suite, devenu insolvable, le fermier n'avait ni payé le vendeur d'engrais, ni le propriétaire des terres. Pour payer ses dettes à l'égard du propriétaire, le fermier lui abandonna la récolte qui était restée sur pied, de sorte que les terres du propriétaire avaient été enrichies par cet engrais. Par contre, la dette du fermier à l'égard du marchand d'engrais demeurait impayée. La difficulté du créancier-vendeur d'engrais résultait ainsi du fait qu'il ne lui servait à rien d'agir en paiement contre son cocontractant insolvable. En même temps, il n'existait pas de contrat entre lui-même et le propriétaire des terres susceptible de fonder une action en paiement. Que faire ? Fallait-il sacrifier les intérêts de l'appauvri ou bien fallait-il lui reconnaître, même en l'absence d'une disposition expresse de la loi, une action fondée sur cette considération d'équité qu'il est interdit de s'enrichir, sans cause, au détriment

²¹⁷ Il est possible de définir l'induction d'une manière plus rigoureuse en ne la décrivant plus comme un processus de découverte d'un principe, mais comme une méthode de justification d'une solution (sur ce point, v. *infra*, n° 769). Pour une définition empruntée à la logique classique, v. *infra*, note n° 1406.

²¹⁸ Req. 15 juin 1892, *GACIV*, N° 227. Il existe, toutefois, d'autres illustrations de ce procédé de raisonnement. En ce sens, v. L. SILANCE, « Un moyen de combler les lacunes en droit : l'induction amplifiante », in *Le problème des lacunes en droit*, Ch. PERELMAN (études publiées par), Bruxelles, Bruylant, Travaux du centre national de recherches de logique, 1968, p. 489.

d'autrui²¹⁹ ?

126. Le Code civil a consacré dans maintes dispositions particulières l'idée de l'enrichissement sans cause. Il en va ainsi, par exemple, de la répétition de l'indu (a. 1235 et a. 1376 et s. C.civ.). La règle selon laquelle « *ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition* » (a. 1235 C. civ.), se présente comme une concrétisation du principe plus général selon lequel il est défendu de s'enrichir, sans cause, au détriment d'autrui. Payer, par exemple, par erreur à quelqu'un des sommes qu'on ne lui doit pas, c'est faire un paiement sans cause juridique. Il en résulte une obligation de restitution du faux créancier (l'*accipiens*) envers le débiteur de la somme litigieuse (le *solvens*), restitution qui est visiblement fondée sur notre principe. D'autres applications particulières de cette idée générale peuvent être recensées (p. ex. les articles 554-556, 861-862, 1673, 2171, 1947 et 2080)²²⁰. Mais à l'inverse, nous rappellent également les spécialistes du droit civil, d'autres dispositions du Code, comme les articles 585 et 599 (sur les rapports entre le nu-propiétaire et l'usufruitier) n'admettent pas d'indemnité au profit de l'appauvri²²¹. Dans ces conditions, la question était de savoir si, par induction, il était possible de reconnaître, à partir d'applications particulières d'une même idée, l'existence d'un principe général qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui permettant en conséquence à l'appauvri d'agir sur un fondement autonome contre l'enrichi.

127. La Cour de cassation reconnut à l'appauvri cette action, dite action *de in rem verso*. Elle le fit dans ces termes : « *Attendu que cette action dérivant du principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui et n'ayant été réglementé par aucun texte de nos lois, son exercice n'est soumis à aucune condition déterminée [...]* » (nous soulignons)²²². De façon fort parlante, la Haute juridiction approuve aussi, dans le même arrêt, les juges du fond d'avoir fait état de l'article 548 du Code civil qui « *n'est mentionné qu'à titre d'exemple*

²¹⁹ Il est tout à fait exact qu'en l'espèce l'enrichissement du propriétaire possédait une cause juridique dans le contrat de bail à ferme prévoyant l'obligation du fermier de fumer les terres. Mais la Cour de cassation, admettant dans un premier temps d'une façon très large le principe d'enrichissement sans cause, a adopté ultérieurement une conception beaucoup plus restrictive en précisant, notamment, que l'existence d'une cause juridique (p. ex. d'un contrat, même conclu entre l'enrichi et un tiers) pouvait, le cas échéant, constituer une cause légitimant l'enrichissement (en ce sens, Civ. 28 févr. 1939, *GACIV* N° 229).

²²⁰ En ce sens, v. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1063, p. 1019.

²²¹ En ce sens, v. F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, note sous, Req. 15 juin 1892, *GACIV*, N° 227, n° 2, p. 385.

²²² Req. 15 juin 1892, *GACIV*, N° 227, p. 384.

et comme constituant une des applications du principe consacré virtuellement par le code que nul ne peut s'enrichir au détriment d'autrui » (nous soulignons)²²³.

128. Cette solution montre deux choses. D'une part, en rattachant, à son tour, le principe général selon lequel nul n'est censé s'enrichir au détriment d'autrui, au principe d'équité, la Cour de cassation présente sa solution comme une *concrétisation* de ce principe. D'autre part, en reconnaissant que le principe de l'enrichissement sans cause est virtuellement consacré par le Code au travers certaines applications, elle montre aussi le processus d'*induction* ou d'*abstraction* mis en œuvre par les magistrats. Le principe est abstrait de certaines règles qui en constituent la concrétisation²²⁴. Et bien sûr, la nouvelle règle jurisprudentielle, désormais consacrée, a fait à son tour l'objet de concrétisations ultérieures.

129. Ce processus d'induction ou d'abstraction par lequel les magistrats sont passés d'un certain nombre de règles précises figurant déjà dans le Code à un principe plus général, nous paraît également fondé sur la règle de justice formelle. En effet, des règles spécifiques interdisent l'enrichissement dans *certaines cas* spécifiques où l'enrichissement est dépourvu d'une cause juridique. L'abstraction d'un principe consiste alors à interdire l'enrichissement (traitement identique) dans *tous les cas* où il est dépourvu d'une telle cause (situations semblables). De nouveau, l'on constate la superposition du plan théorique et pratique de la concrétisation. L'abstraction ou l'induction d'un principe, comme l'énoncé d'une règle concrétisante, est donc également fondée sur le principe de justice formelle.

130. Retour aux hypothèses juridiques et au lieu qu'elles occupent dans la réalisation du droit. L'étude du phénomène de la concrétisation du droit nous a permis de mettre en lumière ce que l'on pourrait appeler, d'une façon quelque peu imagée il est vrai, un « espace » de la concrétisation du droit. Cet espace se trouve délimité aux extrêmes par le cas particulier, d'une part, et la règle de justice, d'autre part. Entre ces deux extrémités s'étend un espace que l'esprit de l'interprète est susceptible d'occuper. C'est dire qu'un magistrat pourra concevoir des solutions possibles aux questions de droit qui lui sont posées, en les plaçant sur

²²³ *Ibid.*

²²⁴ V. aussi l'arrêt de la Cour de cassation de Belgique, Cass., 27 mai 1909, *Pasicrisie* 1909.I.272 : « *Attendu, en effet, que si le code, par les applications purement énonciatives et nullement limitatives qu'il fait de la maxime Nul n'est censé s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui, marque bien qu'il a reconnu et sanctionné d'une manière générale ce principe d'équité, c'est, toutefois, à la condition que l'enrichissement se produise sans cause légitime* ».

l'un quelconque des échelons de l'abstraction et de la généralité situés dans l'espace que nous venons de décrire.

Conclusion du chapitre I

131. Les hypothèses juridiques, en tant que réponses possibles à des problèmes de droit, sont l'œuvre du juge s'efforçant d'appliquer la règle de droit générale et abstraite à un cas singulier et concret. En ce sens, l'on peut affirmer que la concrétisation du droit par le juge est le *lieu* de rencontre des hypothèses juridiques. Qu'est-ce à dire ?

132. L'activité de concrétisation est un mouvement de la pensée qui se manifeste, d'une façon particulièrement perceptible, dans le passage de la règle générale et abstraite vers la décision singulière et concrète. C'est ainsi que l'on voit les magistrats concrétiser les règles légales en en déduisant, dans leur jurisprudence, des règles concrétisantes. Par conséquent, le premier lieu de rencontre des hypothèses juridiques se situe dans l'espace de la concrétisation s'étendant entre, d'une part, les règles générales et abstraites posées par le législateur et, d'autre part, le cas particulier à trancher par le juge.

133. Cela dit, l'« espace » dans lequel l'esprit peut concevoir des hypothèses, ne se limite pas à celui qui est circonscrit par la règle de droit générale et abstraite émanant du législateur et le cas singulier et concret. Il arrive, en effet, aux magistrats d'abstraire ou d'induire des principes généraux à partir de règles légales existantes, en sorte qu'il est également possible de faire des conjectures dans un espace situé au-delà des règles législatives, à un niveau d'abstraction et de généralité plus élevé.

134. À notre sens, cet espace situé au-delà des règles de droit existantes se trouve néanmoins délimité par ce qu'il est d'usage d'appeler la « règle de justice formelle » suivant laquelle l'on doit traiter de la même manière des cas d'espèce semblable. Cette règle de justice formelle représente le degré d'abstraction absolu des règles de droit, en ce sens qu'elle est virtuellement contenue dans chacune d'entre elles. Elle en constitue le plus petit dénominateur commun, puisque toute règle de droit prescrit un traitement déterminé (tel effet juridique) pour des cas semblables (telles catégories de cas). Aussi bien, peut-on dire que les menues règles du droit positif constituent toutes une concrétisation de cette règle de justice formelle.

135. Il est vrai que l'analyse des règles de droit comme concrétisations du principe de justice formelle se situe sur un plan théorique différant de l'analyse de la concrétisation du droit par le juge. Celle-ci se situe, en effet, sur un plan éminemment pratique. Cependant, les plans pratique et théorique se superposent. De fait, si l'espace de la concrétisation du droit est limité par le cas singulier et concret, d'une part, il l'est par la règle de justice formelle, d'autre part. C'est que, pour l'interprète, il s'avère impossible d'abstraire ou d'induire un principe général plus abstrait que celui de justice formelle. Nous en tirons la conséquence que le juge peut lancer ses conjectures dans un espace situé à l'intérieur des limites tracées par le cas concret et le principe de justice formelle.

136. Nous avons choisi d'appeler cet espace l'« espace de la concrétisation du droit », même s'il y va également d'induction ou d'abstraction de principes généraux. Ce choix s'explique par le fait que c'est la concrétisation proprement dite des règles de droit posées par le législateur qui nous a mis sur la voie de l'abstraction de principes généraux. En même temps, ces principes généraux peuvent eux-mêmes s'analyser comme des concrétisations de la règle suivant laquelle l'on doit traiter de la même façon des cas d'espèce semblables.

137. Tel est donc le premier point de repère des hypothèses juridiques lesquelles s'inscrivent, certes, par prédilection dans le rapport entre la règle de droit et le cas concret, même s'il convient également d'aménager une place aux conjectures placées au-delà des règles de droit existantes à un niveau supérieur en généralité et abstraction. Passons désormais à l'autre point de localisation de nos hypothèses juridiques. Celui-ci nous sera donné par le rapport entre le législateur et juge. Comme nous le verrons, ce rapport est marqué par la notion de signification du droit.

Chapitre II

LE RAPPORT ENTRE LE JUGE ET LE LÉGISLATEUR : LA SIGNIFICATION DU DROIT

138. L'écart qui sépare le législateur du cas particulier ne se retrouve pas seulement entre la règle de droit générale et abstraite et le cas singulier et concret. Il se manifeste également dans la distance ou l'espace qui sépare le législateur du juge. Désormais, c'est ce dernier aspect de la relation entre législateur et le cas concret qui retiendra toute notre attention. Or, comme nous le verrons au cours de ce chapitre, le rapport entre le législateur et le juge a pour objet de la *signification*. L'on peut dire aussi qu'il s'étend entre le premier et le second un « espace de signification » qu'il appartient au magistrat de dépasser. Avant de nous atteler à décrire cette notion, plusieurs remarques liminaires nous paraissent utiles.

139. La première remarque consiste à dire que le langage est à la fois la *condition d'existence* et la *condition de la diffusion* du droit. Cette affirmation se rattache aux deux fonctions majeures que les linguistes s'accordent à reconnaître au langage. Celui-ci exerce d'abord une *fonction organisatrice de notre pensée*²²⁵. Voici ce qu'écrivait déjà le célèbre linguiste Ferdinand de SAUSSURE dans son *Cours de linguistique générale*, publié à Genève en 1915 après sa mort à partir des notes de ses élèves²²⁶ :

Psychologiquement, abstraction faite de son expression par les mots, notre pensée n'est qu'une masse amorphe et indistincte. Philosophes et linguistes se sont toujours accordés à reconnaître que sans le secours des signes, nous serions incapables de distinguer deux idées de façon claire et constante. Prise en elle-même, la pensée est comme une nébuleuse où rien n'est nécessairement délimité. Il n'y a pas d'idées préétablies, et rien n'est distinct avant l'apparition de la langue.

²²⁵ Ch. BAYLON, X. MIGNOT, *Sémantique du langage, Sémantique du langage, Initiation*, Paris, Nathan, coll. fac. linguistique, n° 1.1., p. 7.

²²⁶ F. SAUSSURE, *Cours de linguistique générale*, Paris, Grande Bibliothèque Payot, 1995, n° 224, p. 155.

140. En d'autres mots, la pensée semble inséparable du langage²²⁷. Sans les mots, point de pensée élaborée. Sans les mots, le droit n'existerait pas. De plus, en organisant notre pensée, le langage permet aussi d'organiser, de classer, nos expériences. Un auteur nous dit que « *les mots du langage mettent [...] à notre disposition un ensemble de principes de classement et d'organisation de nos expériences qui nous permettent de regrouper les différents aspects de la "réalité" en les opposant à d'autres* »²²⁸. De fait, les juristes savent depuis longtemps que c'est au regard des mots contenus dans la règle de droit qu'il convient de qualifier, c'est-à-dire de classer, les faits de l'espèce qui leur est soumise.

141. Le langage exerce toutefois encore une autre fonction majeure, à savoir une *fonction de communication*. Sans entrer dans le détail du schéma de la communication linguistique que l'on trouvera ailleurs²²⁹, il suffit de souligner que le processus de communication se déroule entre un *énonceur* et un *receveur* de message (appelés encore destinataire/destinataire ou émetteur/récepteur), dans un *contexte* et dans une *situation* déterminés. Cette communication a pour objet du *sens*²³⁰. Elle consiste pour l'énonceur à produire des messages auxquels est lié un sens²³¹. Elle consiste à faire « apparaître » ou à « susciter » du sens chez le receveur²³². Elle permet donc à l'énonceur d'entrer en contact avec le receveur ; elle assure leur compréhension mutuelle²³³.

142. Ce schéma de la communication est de la plus haute importance pour comprendre la place du juge dans le processus de la réalisation du droit. C'est que le législateur se sert du langage pour énoncer des règles de droit et les communiquer à leurs destinataires, dont les magistrats²³⁴. Cette relation entre le créateur des normes et ses

²²⁷ Cette analyse paraît aujourd'hui confirmée par la neurobiologie, (en ce sens, v. Ch. BAYLON, X. MIGNOT), *Sémantique du langage*, op. cit., n° 1.1., p. 7.

²²⁸ V. NYCKEES, *La Sémantique*, Paris, Belin, coll. Sujets, 1998, p. 267.

²²⁹ En ce sens, v. Ch. BAYLON, X. MIGNOT, *Sémantique du langage*, n° 1.2. et 1.3., pp. 8-15 ; G. CORNU, *Linguistique juridique*, Paris, Montchrestien, col. Domat droit privé, 3^{ème} éd., 2005, n° 8, p. 28.

²³⁰ *Ibid.*, n° 1.2., p. 8.

²³¹ *Ibid.*, n° 1.2., p. 9.

²³² *Ibid.*, n° 1.1., p. 8 et n° 1.4., p. 14.

²³³ En ce sens, v. A. MARTINET, *Éléments de linguistique générale*, Paris, Armand Colin, coll. Coursus, 4^{ème} éd., 1996, n° 1.4., p. 9.

²³⁴ Dans un sens très large, nous entendons par « législateur » toute autorité qui édicte des règles de droit. Il suit de là que même un magistrat est susceptible d'être considéré comme un législateur dans la mesure où il est

destinataires a pour objet du sens. En d'autres termes, *le droit est de la signification communiquée par le législateur au moyen de signes*. On ne peut donc pas s'intéresser au droit, sans s'intéresser au sens. Car, *tout ce qui est dit de la notion de sens peut être dit de la notion de droit*.

143. Une deuxième remarque s'impose. Il s'agit d'une évidence, bonne à dire toutefois, que nous rappelle M. CORNU : « *les juristes français parlent français* »²³⁵. Il ajoute que « *le langage juridique est un usage particulier de la langue commune [...]. Le langage juridique français n'est qu'un usage de la langue française : un langage de spécialité* » (souligné par l'auteur)²³⁶. Cette spécificité s'extériorise, d'après cet auteur, d'une part, à travers la spécificité du vocabulaire et du discours du droit²³⁷ et, d'autre part, à travers le constat que le langage du droit est un langage de groupe²³⁸, un langage technique²³⁹ et un langage traditionnel²⁴⁰. L'essentiel est de voir que la langue du droit n'est pas une langue à part comme une langue étrangère. Elle est un mélange de significations tirées du français ordinaire et de significations qui lui sont propres.

144. Une dernière remarque tiendra lieu de profession d'humilité. Nous venons de dire que l'objet de la relation entre le législateur et le magistrat est du sens. Or, les spécialistes

susceptible de communiquer à autrui des normes qu'il est amené à créer pour trancher le cas qui lui est soumis. Bien sûr, ce sont les cours suprêmes qui sont principalement visées par cette remarque.

²³⁵ G. CORNU, *Linguistique juridique*, n° 5, p. 16.

²³⁶ *Ibid.*

²³⁷ En ce sens, v. *ibid.*, n° 3, pp. 14-15.

²³⁸ En ce sens, v. *ibid.*, n° 5, pp. 17-18 : le langage du droit est « *un langage professionnel* » pratiqué par « *les membres des professions judiciaires et juridiques* ». Plus largement, le langage du droit est celui de la « *communauté des juristes* » composée par tous ceux qui ont reçu une formation juridique. Mais il faut également reconnaître, ajoute M. CORNU, que le langage du droit, en tant qu'il s'adresse à tous les sujets de droit, constitue un « *langage public, social, un langage civique* ».

²³⁹ En ce sens, v. *ibid.*, n° 5, pp. 18-19 : « *la technicité du langage du droit tient à l'existence d'un sens ou d'une démarche de précision* ».

²⁴⁰ En ce sens, v. *ibid.*, n° 5, pp. 19-20 : le caractère traditionnel du langage juridique est patent pour les maximes du droit dont la tradition est « *immémoriale* ». Pour ce qui est du langage législatif et judiciaire, il faut également reconnaître qu'il n'a pas foncièrement changé depuis le 19^{ème} siècle.

de la signification avouent que cette notion leur paraît « *insaisissable* »²⁴¹. Voici ce qu'écrivent MM. BAYLON et MIGNOT en conclusion de leur ouvrage²⁴² :

[O]n a pu surtout prendre conscience des difficultés qu'offre encore l'élucidation du sens. Par ce terme sens, se trouve évoqué ce qu'il y a de plus central, mais en même temps de moins accessible, pour l'instant, à une description scientifiquement satisfaisante. La sémantique à encore beaucoup à faire [...].

145. Cette conclusion donne à réfléchir, car si l'on ne sait pas décrire avec précision la notion de sens, le droit, lui aussi, nous échappera d'une certaine manière. Il en résulte aussi que les significations retenues en fin de compte par les interprètes seront plus ou moins discutables – et les innombrables controverses judiciaires et doctrinales sur l'interprétation des règles ne sont pas là pour démentir cette conséquence. Il suit encore du caractère « *insaisissable* » de la notion de signification que notre propre étude ne saura jamais prétendre à la complétude. Aussi, ne prendrons-nous en considération que certains aspects de cette notion que nous subdiviserons, d'une façon quelque peu arbitraire il est vrai, en aspects généraux (Section I) et en aspects spécifiques de la notion de signification (Section II).

SECTION I

LES ASPECTS GÉNÉRAUX DE LA NOTION DE SIGNIFICATION

146. L'étude de la notion de signification doit commencer par celle du signe linguistique, car il n'existe pas de signification sans signe. Or, le langage est fait de signes dont le *mot* est le plus caractéristique. La présentation du signe linguistique s'avère donc incontournable pour comprendre les autres aspects généraux de la notion de sens que nous verrons au fur et à mesure de notre progression.

²⁴¹ Ch. TOURATIER, *La sémantique*, Paris, Armand Colin, coll. Coursus lettres, 2000, n° 5, p. 26.

²⁴² Ch. BAYLON, X. MIGNOT, *Sémantique du langage*, *op. cit.*, p. 229.

§ I – LA PRÉSENTATION DU SIGNE LINGUISTIQUE

147. Le signe linguistique se présente dans la tradition saussurienne comme une « chose double »²⁴³, comme l'entité qui unit un *signifiant* à un *signifié*. Le signifiant est la forme, ou l'expression du signe, alors que le signifié en est le fond, le contenu, la signification ou le sens²⁴⁴. Un exemple éclairera nos idées. Le mot « arbre » est un signe. Plus précisément, ce signe comporte un signifiant correspondant, à l'oral, à des sons, des vibrations de l'air et, à l'écrit, à une suite de lettres couchées sur une feuille de papier. À ce signifiant est associé un signifié qui exprime le sens du mot « arbre » tel qu'il est relaté dans les dictionnaires²⁴⁵.

148. Revenons un instant au signifiant. Nous disions, pour simplifier, que le signifiant est, à l'oral, une suite de sons, de vibrations de l'air, tandis qu'à l'écrit, il s'agirait d'une suite de lettres couchées sur une feuille de papier. En vérité, le signifiant est de nature psychologique. Le signifiant n'est pas la suite de sons ou de lettres. Le signifiant est une idée, un modèle, d'après lequel l'utilisateur réalisera les sons et inscrira les lettres. Le son ou la lettre ne sont pas le signifiant, ils sont la réalisation du signifiant. Le signifiant, dans l'analyse saussurienne a un « caractère psychique » car « sans remuer les lèvres ni la langue, nous pouvons nous parler à nous-mêmes [...] »²⁴⁶. Pour marquer ce caractère psychologique du signifiant, SAUSSURE l'appellera aussi « image acoustique »²⁴⁷.

149. Le signifié est le sens ou la signification du signifiant²⁴⁸. SAUSSURE dira encore du signifié qu'il est « concept »²⁴⁹. Cette identification du concept au signifié, c'est-à-dire au sens ou à la signification du mot, explique la formule selon laquelle « le mot véhicule

²⁴³ F. SAUSSURE, *Cours de linguistique générale*, op. cit., n° 129, p. 98.

²⁴⁴ En ce sens, v. G. CORNU, *Linguistique juridique*, op. cit., n° 8, pp. 26 et s.; Ch. BAYLON, X. MIGNOT, *Sémantique du langage*, op. cit., n° 3.1., p. 17; F. SAUSSURE, *Cours de linguistique générale*, op. cit., n° 128 et s., pp. 97 et s.

²⁴⁵ En ce sens, v. Ch. BAYLON, X. MIGNOT, *Sémantique du langage*, op. cit., n° 3.1., p. 18.

²⁴⁶ F. SAUSSURE, *Cours de linguistique générale*, op. cit., n° 131, p. 98.

²⁴⁷ *Ibid.*, n° 130 et 131, p. 98.

²⁴⁸ Nous ne faisons pas de distinction entre le sens et la signification contrairement à certains linguistes, car « comme il n'y a pas d'accord général entre ceux qui l'ont fait[e], il semble inutile de les suivre sur ce terrain [...] », Ch. BAYLON, X. MIGNOT, *Sémantique du langage*, op. cit., Avant-propos, p. 3.

²⁴⁹ F. SAUSSURE, *Cours de linguistique générale*, op. cit., n° 130, p. 98.

[...] *un concept* »²⁵⁰. Le mot véhicule un concept parce qu'il véhicule un sens et ce sens, comme le signifiant, est de nature psychique. Il en résulte, nous dit le maître de Genève, que « *le signe linguistique est une entité psychique à deux faces* »²⁵¹. Le signe linguistique est, dans cette optique, une unité purement psychique associant un concept à une image acoustique.

150. Il existe toutefois une différence capitale entre le signifiant et le signifié. Le signifiant est *sensoriel*, c'est-à-dire qu'il peut être matérialisé sous forme de sons ou de lettres écrites perceptibles par nos sens (l'ouïe ou la vue), tandis que le signifié n'est pas susceptible d'une réalisation matérielle accessible à nos organes sensoriels²⁵². Il en résulte que *le sens des mots habite seulement nos têtes !* Cela veut dire qu'il « *ne saurait passer d'un cerveau à un autre, ni à la manière d'une lettre qu'on envoie, ni à la manière d'un courant électrique circulant dans un fil conducteur* »²⁵³. Cette conclusion est très importante pour le droit. Le langage est la condition d'existence du droit. Sans les mots point de droit. Or, le sens des mots est d'ordre psychique. Il en résulte que le droit l'est aussi. *Le droit est dans nos têtes*. Nous tirerons progressivement les conséquences de cette observation. En voici la première.

§ II – LE SENS N'EST PAS UNE RÉALITÉ AUTONOME PAR RAPPORT À L'INTERPRÈTE

151. Cette affirmation résulte directement de ce qui vient d'être dit au point précédent. Le sens des mots n'est pas susceptible d'une réalisation matérielle. Certes, il n'en résulte pas que les mots n'ont pas de sens, puisque le propre du signe est de signifier, c'est-à-dire d'avoir un sens. Mais comme le sens des mots, contrairement au symbole ou au signifiant, ne se situe jamais sur le plan matériel, il en résulte que le signe linguistique, pour être compris, exige que l'on associe les plans matériel (le signifiant) et psychique (le signifié).

²⁵⁰ G. CORNU, *Linguistique juridique*, op. cit., n° 8, p. 27.

²⁵¹ F. SAUSSURE, *Cours de linguistique générale*, op. cit., n° 131, p. 99.

²⁵² En ce sens, v. Ch. BAYLON, X. MIGNOT, *Sémantique du langage*, op. cit., n° 3.1., pp. 18-19.

²⁵³ *Ibid.*, n° 1.4., p. 14. MM. BAYLON et MIGNOT écrivent aussi que « *la réalité sémantique, si cette expression de réalité implique un support matériel, ne peut se trouver que "dans la tête" des êtres humains* » (*ibid.*, n° 2.6., p. 43).

Ainsi, toute production de signes (signifiants) exige toujours une production de sens, c'est-à-dire une interprétation. Pour le droit cela veut dire que le moindre mot de la législation a besoin d'être interprété avant que d'être compris²⁵⁴. Bref, comme l'écrit François OST, « toute application d'une loi implique une interprétation préalable ; l'interprétation est inhérente à toute lecture, même la plus banale, de la loi »²⁵⁵.

152. Le mot « anacostisme », par exemple, ne permet pas à quiconque perçoit la forme graphique d'en percevoir aussi le sens. Il faut que dans mon esprit je lui associe le sens de « capitalisation des intérêts consistant à incorporer des intérêts de retard au capital afin qu'ils deviennent à leur tour productifs d'intérêts »²⁵⁶. Il va de soi que les mots (signifiants) de cette définition ne matérialisent pas davantage le sens que le mot défini. À chacun d'entre eux, le lecteur devra, à nouveau, associer un sens. On en retiendra que toute règle de droit ou terme juridique devra être reconstruit, à travers une interprétation, par son lecteur. Un auteur le dit fort bien : « le sens n'est pas une réalité autonome, dotée d'une existence en soi, et que l'on pourrait en conséquence découvrir comme une chose cachée parmi les choses. Il n'y a de sens qu'en fonction des sujets qui le construisent »²⁵⁷.

153. Cette position implique une certaine ontologie du droit. Dire que les textes de loi ne procurent pas immédiatement du sens, mais qu'il appartient à l'interprète de leur associer de la signification, c'est placer l'interprète au centre de l'expérience juridique. Le droit, loin d'être un phénomène extérieur aux individus, devient une construction psychique, un phénomène mental inhérent aux hommes. Laissons la parole à M. AMSELEK²⁵⁸ :

²⁵⁴ En ce sens, v. M. TROPER, « Interprétation », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS (sous la direction de), Paris, Lamy-PUF, Quadrige, 2003, col. gauche, p. 843 : « l'interprétation est une opération par laquelle une signification est attribuée à quelque chose » ; J. WROBLEWSKI, « Interprétation », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, A.-J. ARNAUD (sous la dir. de), Paris, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1993 : « [L]'interprétation au sens large, lato sensu, est synonyme de compréhension d'une expression linguistique ou d'un acte de langage. Chaque signe doit être interprété pour être compris », (col. droite, p. 199).

²⁵⁵ F. OST, « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », in *L'interprétation en droit, Approche pluridisciplinaire*, M. VAN DE KERCHOVE (publié sous la dir. de), Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1978, p. 110.

²⁵⁶ En ce sens, v. A. BÉNABENT, *Droit civil des obligations*, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 10^{ème} éd., 2005, n° 799, p. 524.

²⁵⁷ E. LADOWSKI, « La découverte du sens en droit : un point de vue sémiotique », in *La découverte du sens en droit*, F. PAYCHÈRE (édité par), *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Association française de philosophie du droit, Rencontre annuelle du 5 avril 1991, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, p. 47.

²⁵⁸ P. AMSELEK, « L'interprétation à tort et à travers », in *Interprétation et droit*, P. AMSELEK (sous la dir. de), Bruxelles, Aix-Marseille, Bruylant, Presses universitaires d'Aix-Marseille, p. 11.

L'interprétation se situe au centre de l'expérience juridique : cette place de choix qu'elle occupe se trouve liée à l'ontologie même du droit. **Le droit, les règles juridiques, ce sont des objets – des outils mentaux – qui appartiennent au monde de l'intelligible et non pas du sensible ; leur texture, le matériau dont elles sont faites, c'est de la pensée, c'est du sens** (nous soulignons). On peut les définir comme des contenus de pensée finalisés ou instrumentalisés, chargés de la vocation instrumentale de servir à diriger la conduite humaine en indiquant, à ceux à qui elles sont adressés, la marge de leur possibilité d'agir, la marge de possible à l'intérieur de laquelle doit se tenir leur conduite. Outils de texture immatérielle, purement idéelle, on ne peut les prendre en main, les appréhender par l'appareil de nos sens et de nos facultés physiques : elles peuvent seulement faire l'objet d'une préhension intérieure, en nous-mêmes, dans notre esprit, - d'une *com-préhension* par l'appareil de nos facultés mentales.

154. Il reste qu'il serait erroné d'analyser les règles de droit en un phénomène purement psychique. D'une part, comme nous venons de le voir, les significations ont besoin d'un support (le signifiant). Et d'autre part, ces significations ont un caractère social. Cette dernière démonstration suppose toutefois que l'on ait bien saisi un autre aspect général de la notion de signification. Il fait l'objet du point suivant.

§ III – LE MOT NE SIGNIFIE PAS UNE CHOSE NI UNE IDÉE

155. Nous démontrerons cette affirmation à partir d'une réflexion tirée du *Cours de linguistique générale* :

Pour certaines personnes la langue, ramenée à son principe essentiel, est une nomenclature, c'est-à-dire une liste de termes correspondant à autant de choses. [...] Cette conception est critiquable à bien des égards. Elle suppose des idées toutes faites préexistant aux mots [...]; elle laisse supposer que le lien qui unit un nom à une chose est une opération toute simple, ce qui est loin d'être vrai. Cependant cette vue peut nous rapprocher de la vérité, en nous montrant que l'unité linguistique est une chose double, faite du

rapprochement de deux termes. [...] Le signe linguistique unit non une chose et un nom, mais un concept et une image acoustique²⁵⁹.

156. Saussure dénonce ici la conception de la *langue nomenclature*. D'après cette conception, la langue se ramènerait à une liste d'étiquettes collées soit sur des choses, soit sur des idées. En ce sens on pourrait alors dire que les mots signifient des choses ou des idées. Or, *le mot ne signifie pas une chose*. Il ne faut « *pas confondre sens et référent* »²⁶⁰. Cela relève de l'évidence. De fait, comme le disent les logiciens, « le mot chien n'aboie pas », et le juriste pourrait ajouter que « le mot dommage corporel ne fait pas mal »²⁶¹. Ces boutades démontrent que le sens du mot « chien » n'est pas tel chien réel et que la signification du mot « dommage corporel » n'est pas le bras cassé de Madame X. Au contraire, l'étude du signe linguistique nous a révélé que le sens est une réalité psychologique différente de la réalité extérieure que le mot désigne.

157. Ce serait, à vrai dire, une parfaite absurdité que d'admettre qu'il existe un mot pour chaque chose. Il y aurait alors autant de mots que de choses, c'est-à-dire que le vocabulaire serait (quasiment) infini. Or tel n'est manifestement pas le cas. Nous retrouvons ici une idée que nous avons déjà rencontrée à plusieurs reprises. Il s'agit de l'idée selon laquelle tous les mots sont des abstractions²⁶² ou des principes de classement²⁶³. En tant que tels les mots permettent de « *décrire l'infini à l'aide du fini* »²⁶⁴, de classer des expériences infiniment diverses dans un nombre limité de catégories.

158. Ces précisions nous mènent naturellement vers le classique *triangle sémiotique* distinguant d'une part, la forme, c'est-à-dire le signifiant, d'autre part, le fond, c'est-à-dire le

²⁵⁹ F. SAUSSURE, *Cours de linguistique générale*, op. cit., n° 128 et 129, pp. 97-98.

²⁶⁰ Ch. BAYLON, X. MIGNOT, *Sémantique du langage*, op. cit., n° 1.1., p. 29. Adde, V. NYCKEES, *La Sémantique*, op. cit., pp. 281 et s ; P. GIRAUD, *La Sémantique*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 7^{ème} éd., 1972, p. 20.

²⁶¹ En ce sens, v. P. AMSELEK, « Le locutoire et l'illocutoire dans les énonciations relatives aux normes juridiques », *Revue de métaphysique et morale*, 1990, p. 402 : « *Tout le monde admet qu'un objet du monde sensible ne peut être dit : on ne dit pas une chaise ou une automobile ; on peut seulement en parler, on peut dire – montrer par la parole – de la pensée sur des objets matériels* ».

²⁶² Sur ce point, v. *supra*, n° 76.

²⁶³ Sur ce point, v. *supra*, n° 140.

²⁶⁴ J. PICOCHÉ, *Précis de lexicologie française*, op. cit., p. 31.

signifié ou le sens, et, enfin, le référent, c'est-à-dire la chose ou la personne désignée²⁶⁵. Par rapport au mot « chose », le terme « référent » a l'avantage d'avoir un champ d'application plus large que le terme « chose » parce qu'il permet aussi de désigner des personnes. En tous cas, on l'aura compris, le référent est extérieur au mot (signifiant/signifié).

159. La vision des langues nomenclatures est encore naïve parce que *les mots ne signifient pas des idées*. Les mots ne sont pas des étiquettes collées sur des idées. Une telle optique erronée « *suppose des idées toutes faites préexistant aux mots* », nous dit SAUSSURE²⁶⁶. Tout se passerait alors comme si les idées ou concepts étaient déjà ordonnés antérieurement à leur classement par les langues qui ne viendraient que les dénommer après coup. La langue serait alors subordonnée à la pensée qui existerait de façon autonome. Autrement dit, « *les choses ou les concepts des choses seraient disponibles avant la langue (ou avant les langues) et existeraient indépendamment de celle(s)-ci. Les concepts des choses existeraient en somme dans nos esprits avant de recevoir des désignations qui s'attacheraient à elles comme des étiquettes* »²⁶⁷. Il devrait en résulter que les concepts ou significations seraient sensiblement les mêmes d'une langue à l'autre. Il n'y aurait de divergences que dans leurs expressions écrites ou orales, c'est-à-dire dans leurs formes signifiantes. Mais d'une langue à l'autre les significations seraient, à peu de choses près, invariables²⁶⁸. Cette conception paraît bien erronée.

160. En vérité, il s'avère que « *les langues ne découpent pas la réalité de la même manière* »²⁶⁹ (nous soulignons) ; elles « *catégorisent* », c'est-à-dire *qualifient*, la réalité de manières différentes²⁷⁰. Voici quelques exemples simples. Pour le mot « louer » en français, l'allemand en comporte deux : « mieten » que l'on peut traduire par « prendre en location » et « vermieten » que l'on peut traduire par « donner en location »²⁷¹. Ou encore, le français départage le spectre lumineux en six couleurs, le *violet*, le *bleu*, le *vert*, le *jaune*, l'*orange* et le

²⁶⁵ En ce sens, v. Ch. BAYLON, X. MIGNOT, *Sémantique du langage, op. cit.*, n° 1.1., p. 30.

²⁶⁶ Sur ce point, v. *supra*, n° 155.

²⁶⁷ V. NYCKEES, *La Sémantique, op. cit.*, p. 288.

²⁶⁸ En ce sens, v. Ch. BAYLON, X. MIGNOT, *Sémantique du langage, op. cit.*, n° 2.1., p. 50.

²⁶⁹ V. NYCKEES, *La Sémantique, op. cit.*, p. 288.

²⁷⁰ Ch. BAYLON, X. MIGNOT, *Sémantique du langage, op. cit.*, n° 2.1., pp. 50 et s.

²⁷¹ En ce sens, v. V. NYCKEES, *La Sémantique, op. cit.*, p. 289.

rouge, voire sept couleurs si l'on distingue le *bleu* et l'*indigo*. Le bassa, parlé au Nigéria, ne décompose le spectre lumineux qu'en deux couleurs, le *hui* et le *ziza*²⁷². Ces variations dans le découpage linguistique du monde, conduisent à reconnaître que chaque langue exprime sa propre « *vision du monde* »²⁷³. Cela dit, il nous semble inadmissible de soutenir que les diverses visions du monde, véhiculées par les différentes langues, soient nécessairement incompatibles les unes avec les autres, car après tout, on a traduit des livres, avec plus ou moins de bonheur, et certains d'entre nous parlent plusieurs langues. Par ailleurs, pour revenir à l'exemple des mots de couleurs, il est établi que tous les peuples en ont la même vision²⁷⁴.

161. Si donc le lien entre les mots et les (idées de) choses n'est pas « *une opération toute simple* »²⁷⁵, pour reprendre la formule saussurienne, ou n'est pas un « *lien organique* »²⁷⁶, il ne faudrait pas en inférer que le langage serait pur verbiage, sans le moindre rapport avec la réalité. Au contraire, le langage est ancré dans le réel. Il nous permet de penser et de parler du monde qui nous entoure²⁷⁷. Il nous permet de rendre compte de nos expériences avec le réel, sans qu'il soit pour autant un reflet fidèle de la réalité « objective » ou « véritable ». Cela dit, l'absence de lien organique entre les mots et les choses risque de faire apparaître des problèmes d'inadéquation entre le langage et nos expériences avec la réalité. Une telle inadéquation entre les catégories du langage et notre expérience risque alors de soulever un problème de catégorisation, c'est-à-dire de qualification.

162. Toutefois, en droit, les problèmes de qualification ne résultent pas directement d'une inadéquation entre le langage et notre expérience avec la réalité. Le problème de la qualification juridique est plus subtil. Il résulte de l'inadéquation entre les catégories du langage ordinaire et les catégories juridiques. En effet, les juristes français parlent français (CORNU)²⁷⁸ ! Ils voient donc la réalité telle qu'elle est découpée par le lexique de la langue française. De là suivent deux conséquences majeures.

²⁷² En ce sens, v. Ch. BAYLON, X. MIGNOT, *Sémantique du langage, op. cit.*, n° 2.1., p. 51.

²⁷³ *Ibid.*, n° 2.2., p. 52.

²⁷⁴ En ce sens, v. *ibid.*, n° 2.1., p. 51.

²⁷⁵ Sur ce point, v. *supra*, n° 155.

²⁷⁶ V. NYCKEES, *La Sémantique, op. cit.*, p. 294.

²⁷⁷ En ce sens, v. Ch. BAYLON, X. MIGNOT, *Sémantique du langage, op. cit.*, n° 2.2., pp. 54 et s.

²⁷⁸ Sur ce point, v. *supra*, n° 143.

163. D'une part, les classements opérés par les catégories juridiques peuvent sensiblement différer de ceux opérés par les catégories du langage ordinaire. Le droit civil est ainsi fondé sur une *summa divisio* entre personnes (Livre premier du Code civil) et biens (Livre deuxième). À son tour, la classe des biens est divisée en deux catégories, celle des immeubles et celle des meubles (article 516). Aucune place n'est faite aux animaux²⁷⁹. Là où le français ordinaire, le langage naturel, distingue par exemple les chiens, les vaches, les porcs, les lapins, le gibier, les poissons etc., le droit civil voit, lorsque les animaux sont domestiques, ou bien des biens meubles (article 528), ou bien des immeubles par destination (il s'agit de l'animal placé pour le service et l'exploitation du fonds prévu par l'article 524 du Code civil, par exemple une vache dans un près). Lorsque l'animal est sauvage il le qualifie de *res nullius* ou de chose sans maître (article 713, par exemple le gibier et les poissons). Mais le droit des biens ne connaît pas d'autre catégorie telle, par exemple, la catégorie des « *organismes vivants* »²⁸⁰.

164. D'autre part, ce redécoupage juridique du monde pourra conduire à des problèmes de qualification juridique. Il en est ainsi lorsqu'aucune catégorie juridique n'est adaptée au découpage préalable opéré par les catégories du langage ordinaire. En voici un exemple que nous appelons « l'histoire des fresques »²⁸¹. En l'occurrence, des fresques avaient été peintes au XI^{ème} siècle sur les murs d'une petite chapelle catalane désormais perdue dans la campagne roussillonnaise. Neuf siècles plus tard, en 1954, un antiquaire parvenait à décoller les peintures murales grâce à un procédé technique dont il se prétendait, à tort semble-t-il, l'inventeur. Il réussit à les acquérir au prix de 3000 francs auprès de paysans ignorants, propriétaires indivis de la chapelle qui avait été, entre temps, transformée en misérable remise de bois. S'ensuivirent une trentaine d'années de procédure pour récupérer les peintures, mais on n'en comptera qu'une partie²⁸². Des années après leur disparition, les fresques réapparurent en Suisse, les unes dans un musée, les autres dans une fondation. Une action en revendication fut alors engagée à l'encontre de ces derniers devant le tribunal de grande instance de Perpignan puis devant la cour d'appel de Montpellier. Mais les défendeurs

²⁷⁹ Sur cette problématique, v. p. ex. S. ANTOINE, « L'animal et le droit des biens », *D. chr.* 2003.2651.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 2652.

²⁸¹ Cette histoire est tirée de Ass. plén., 15 avril 1988, *D.* 1988.325, concl. J. CABANNES, note J. MAURY ; *J.C.P.* 1988.II.21066, rapp. GRÉGOIRE, note J.-F. BARBIÉRI.

²⁸² Pour un aperçu général, v. J. MAURY, note sous Montpellier, 18 décembre 1984, *D.* 1985.208.

soulevèrent l'incompétence des juridictions françaises en arguant de la compétence des tribunaux helvétiques. En effet, l'article 1^{er} de la Convention franco-suisse du 15 juin 1869 (dénoncée en 1992) donnait compétence, en matière mobilière, au tribunal du domicile du défendeur, donc aux tribunaux suisses, alors qu'en matière immobilière, les tribunaux français eurent été compétents en tant que tribunaux du lieu de situation des immeubles. De cette problématique naquirent deux hypothèses juridiques :

- *les fresques décollées doivent être qualifiées bien meubles ;*
- *les fresques décollées doivent être qualifiées bien immeubles.*

165. L'assemblée plénière de la Cour de cassation finit par adopter l'hypothèse de la qualification mobilière en décidant que « *les fresques, immeubles par nature, sont devenues des meubles du fait de leur arrachement* ». Il en résultait que les juridictions françaises étaient incompétentes pour connaître du litige. Retour au problème de qualification et à la catégorisation opérée par les langues. Il suit clairement de l'exemple ci-dessus que les faits sont d'abord qualifiés, sans problème, en français ordinaire avec l'expression « fresques arrachées », avant d'être qualifiés juridiquement de « biens meubles ». Il faut donc reconnaître que la qualification juridique est précédée d'une *préqualification* en langage ordinaire. Bref, le fait à qualifier juridiquement est déjà un mot et donc un concept²⁸³.

166. En résumé, la signification n'est pas une chose, ni une idée toute faite existant indépendamment du langage. Au contraire, les langues ont cette particularité de catégoriser diversement le réel. Il en résulte que nos significations, c'est-à-dire nos concepts, n'ont pas une autonomie par rapport au langage. Elles varient d'une langue à l'autre. De plus, nous inférons du découpage variable de la réalité par les langues que celles-ci ne sont pas le reflet de la réalité objective. Du coup, il peut arriver que non seulement les catégories du langage ordinaire s'avèrent inadéquates pour rendre compte de la réalité, mais encore que la catégorisation opérée par le langage juridique soit inadaptée pour rendre compte du découpage préalable opéré par le langage ordinaire. Là est la source du problème de la qualification juridique. Mais de ce que les significations ne sont pas « *les reflets d'une réalité*

²⁸³ Sur la conceptualisation des faits à l'aide de mots v. F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation, op. cit.*, n° 54 p. 81 : « *la qualification consiste toujours à retrouver dans la loi les mots ou les concepts au moyen desquels la situation particulière a été décrite* ». Pour plus de détails sur la notion de qualification, v. *infra*, n° 375 et s.

objective », il ne suit pas qu'elles ont un caractère purement subjectif²⁸⁴. Par conséquent, le droit, lui non plus, ne dépend pas de la subjectivité de l'interprète. Nous le verrons aux deux points suivants.

§ IV – LE CARACTÈRE PARTAGÉ OU SOCIAL DES SIGNIFICATIONS

167. Traditionnellement les linguistes enseignent que « *l'essence du signe linguistique est la conventionalité* »²⁸⁵, ce qui veut dire que les usagers d'une langue associent par une convention tel signifié à tel signifiant, tel sens à tel son ou forme graphique. Saussure écrivait que le signe linguistique est « *social par nature* »²⁸⁶, que les liens entre signifiants et signifiés « *sont des associations ratifiées par le consentement collectif* »²⁸⁷. Il est probable que les juristes éprouvent quelque difficulté à admettre l'existence d'une telle « convention » puisqu'elle impliquerait, d'un point de vue juridique, un échange de consentements entre les parties contractantes, à savoir entre les usagers d'une même langue. Or, il est évident que personne ne m'a demandé mon avis pour attribuer tel sens au mot « sœur » ou tel autre sens au mot « bœuf », pour reprendre deux exemples du *Cours de linguistique générale*²⁸⁸. Cependant, l'idée de conventionalité du signe linguistique a le mérite d'insister sur le caractère social du signe linguistique, car il est vrai que pour communiquer, les locuteurs doivent attribuer le même sens aux mêmes mots. C'est la raison pour laquelle nous maintiendrons, malgré les réserves formulées ci-dessus, la notion de conventionalité. Elle nous rappelle utilement que la langue constitue pour les usagers une « contrainte de communication » ou, pour reprendre une formule saussurienne, qu'elle est un « code »²⁸⁹. Si, par hypothèse, il venait à l'idée d'un locuteur de violer ce « code », l'acte de communication serait voué à l'échec, car le locuteur ne se ferait plus comprendre²⁹⁰. Il se peut aussi que la

²⁸⁴ V. NYCKEES, *La Sémantique, op. cit.*, p. 156.

²⁸⁵ P. GIRAUD, *La sémantique, op. cit.*, p. 24.

²⁸⁶ F. SAUSSURE, *Cours de linguistique générale, op. cit.*, n° 73, p. 34.

²⁸⁷ *Ibid.*, n° 69, p. 32.

²⁸⁸ En ce sens, v. *ibid.*, n° 136, p. 100.

²⁸⁹ *Ibid.*, n° 66, p. 31.

²⁹⁰ L'individu est tenu par des *contraintes de communication*, s'il veut se faire comprendre. Le non-respect de ces contraintes ou de ce code peut être illustré par cette histoire contée par l'auteur suisse, Peter BICHSEL

variation de sens soit perçue par le destinataire du message. Mais alors rien ne garantit que ce dernier l'acceptera.

168. Il faut aller plus loin. Le sens des mots est dans la tête, avions nous dit. Il s'agit d'une entité psychique. Toutefois, ce sens ne saurait avoir un caractère purement individuel ou purement privé²⁹¹. Si tel était le cas, « *le sens deviendrait extrêmement différent d'un individu à l'autre, et [...] on ne verrait plus comment il pourrait ni se communiquer entre interlocuteurs, ni être étudié par les linguistes* »²⁹². Il faut donc prendre en compte la dimension « *sociale* »²⁹³ ou « *publique* »²⁹⁴ des significations *elles-mêmes*. M. NYCKEES en tire les conséquences suivantes, que nous approuvons²⁹⁵ :

L'emploi d'un signe linguistique ne peut être considéré comme valide que s'il s'accorde avec les pratiques linguistiques d'une communauté et s'il est susceptible de recevoir son agrément. **Apprendre la signification d'un terme, c'est donc par définition apprendre à se conformer aux pratiques linguistiques d'une communauté linguistique. Toute signification linguistique est nécessairement une signification partagée.** La dimension sociale n'est donc pas une dimension seconde du fonctionnement linguistique, mais une condition fondamentale. (nous soulignons)

169. Ce passage prolonge la réflexion commencée au point précédent. Nous venons

(« Ein Tisch ist ein Tisch » (Une table c'est une table), in *Der Brunnen, Deutsches Lehrbuch für höhere Schulen*, II, Luxembourg, Verlag V. Buck, traduction personnelle de l'allemand, p. 237). C'est l'histoire d'un vieil homme vêtu d'un manteau gris désirant changer sa vie morne. Pour remettre du piment dans son existence, il décide de renommer les choses et notamment les objets garnissant sa chambre : « *Au lit il disait tableau. A la table il disait tapis. A la chaise il disait réveil. Au journal il disait lit. Au miroir il disait chaise. Au réveil il disait album. A l'armoire il disait journal. Au tapis il disait armoire. Au tableau il disait table. A l'album il disait miroir. Aussi, au matin le vieil homme restait-il allongé dans son tableau, à neuf heures sonnait l'album, l'homme se levait et se dressait debout sur son armoire pour ne pas avoir froid aux pieds, ensuite il sortait ses vêtements de son journal, s'habillait, se regardait dans la chaise accrochée au mur, s'asseyait sur le réveil auprès du tapis et feuilletait le miroir jusqu'à ce qu'il trouve la table de sa mère* ». En continuant à renommer toutes les choses, le vieil homme perdit peu à peu l'usage de sa vieille langue. « *Le vieil homme au manteau gris ne comprenait plus les gens, ce qui n'était pas si grave. Bien pire était qu'ils ne le comprenaient plus. Et c'est la raison pour laquelle il ne disait plus rien. Il se taisait, parlait seulement à lui-même, ne saluait même plus* ».

²⁹¹ Pour la critique par WITTGENSTEIN du langage privé v., V. NYCKEES, *La Sémantique*, op. cit., pp. 281 et s.

²⁹² Ch. BAYLON, X. MIGNOT, *Sémantique du langage*, op. cit., n° 2.6., p. 45.

²⁹³ *Ibid.*, n° 2.6., p. 44.

²⁹⁴ V. NYCKEES, *La Sémantique*, op. cit., p. 284.

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 285.

de voir, en effet, que les mots ne font pas simplement dénommer des idées préexistantes. En d'autres termes, la langue n'est pas simplement l'instrument de la pensée à laquelle elle serait subordonnée. C'est bien plutôt la pensée qui est subordonnée à la langue. C'est l'usage ou la pratique linguistique qui détermine la signification. D'où il suit que « *la pensée apparaît largement comme une intériorisation de la parole* »²⁹⁶.

170. La dimension sociale du langage joue un rôle primordial dans l'analyse du droit. En effet, si les significations étaient des entités purement psychiques et donc individuelles, elles varieraient d'un interprète à l'autre, en sorte que la sécurité juridique ne serait que pure illusion. Il existerait autant de droits que d'interprètes. S'il n'en est pas ainsi, c'est précisément parce que les significations juridiques ont un caractère social et partagé.

171. Les significations juridiques sont partagées par la communauté des juristes, voire même par tout le monde, car « *si le droit est fait pour tous, le langage du droit aussi* »²⁹⁷. Du moins, tous les sujets de droit sont présumés partager ces significations puisqu'il est présumé que *nul n'est censé ignorer la loi*. Cette maxime, « *indispensable à la stabilité sociale* » et à « *l'autorité du droit* », exprime assurément une fiction²⁹⁸. L'aspect le plus apparent de cette fiction résulte bien évidemment de cette tare des législations modernes qui consiste en la phénoménale inflation de textes en tous genres et des interprétations juridictionnelles qu'ils appellent²⁹⁹. Il est simplement impossible de tous les connaître. Mais il existe, de façon bien moins apparente, un autre aspect dans cette fiction. En effet, si les significations ont une dimension sociale, elles ont quand même aussi une dimension psychique. Or, cet aspect psychique du sens montre bien que l'identité des significations attribuées par les différents participants à l'échange linguistique n'est jamais qu'un « *idéal [qui], comme tous les autres, ne se réalise jamais que partiellement* »³⁰⁰. Bref, eussions-nous connaissance de toute la législation, ce qui est illusoire, ce serait encore une illusion de croire

²⁹⁶ *Ibid.*

²⁹⁷ G. CORNU, *Linguistique juridique*, *op. cit.*, n° 5, p. 19.

²⁹⁸ F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, Précis, 7^{ème} éd., 2006, n° 460, p. 377. L'auteur remarque encore que « *nul ne peut prétendre, de nos jours encore moins qu'autrefois, posséder, en la matière, la science infuse* » (n° 460, p. 377) et « *il est bien illusoire de croire que le droit est connu de tous, et de manière satisfaisante* » (n° 453, p. 373)..

²⁹⁹ En ce sens, v. *ibid.*, 420 et s., pp. 337 et s.

³⁰⁰ Ch. BAYLON, X. MIGNOT, *Sémantique du langage*, *op. cit.*, n° 1.1., p. 179.

que nous la comprissions tous de la même manière. Il n'empêche que le droit positif paraît, en principe, attacher à la maxime le caractère d'une présomption irréfragable³⁰¹. En d'autres termes, l'intéressé ne saurait apporter la preuve contraire de son ignorance des significations en cause. Elles sont donc, malgré tout, obligatoires. Passons au dernier aspect général de la notion de signification. Il prolonge la réflexion sur la dimension sociale.

§ V – LE CARACTÈRE HISTORIQUE ET CULTUREL DES SIGNIFICATIONS

172. CARBONNIER enseignait qu'« *on peut dire que le droit trouve dans l'histoire son milieu propre, car il est essentiellement durée, mémoire, rattachement des générations les unes aux autres, enracinement de l'avenir dans le passé, et même quand il est révolutionnaire, il aimera se découvrir des titres anciens que des siècles d'oppression n'ont pu effacer* »³⁰². Les juristes savent aussi que le « *langage du droit est, en majeure part, un legs de la tradition* »³⁰³ et que bien des termes juridiques recèlent « *des siècles de discussions, de réflexions et de nuances* »³⁰⁴. C'est une évidence que « *la connaissance de l'histoire du droit français est nécessaire à celui qui veut comprendre ce droit* »³⁰⁵.

173. Ce trait éminemment historique du droit et du langage du droit - on ne peut les distinguer-, ne doit pas nous faire oublier que les significations du langage ordinaire ont elles aussi ce caractère. Elles sont également le résultat d'un processus culturel et historique. Plus précisément, elles sont les « *produits de l'interaction de l'homme avec son environnement* »³⁰⁶. Elles sont le fruit de « *l'expérience collective des groupes humains* »³⁰⁷, elles expriment notre « *expérience du monde* »³⁰⁸. Mais il ne faut pas s'y méprendre. Ce qui

³⁰¹ En ce sens, v. F. TERRÉ, *Introduction générale au droit, op. cit.*, n° 460, p. 377.

³⁰² J. CARBONNIER, *Introduction, Droit civil, op. cit.*, n° 26, p. 60.

³⁰³ G. CORNU, *Linguistique juridique, op.cit.*, n° 5, p. 19.

³⁰⁴ Ch. ATIAS, « Définir les définitions juridiques ou définir le droit », *R.R.J.* 1987.4.15, n° 12.

³⁰⁵ F. TERRÉ, *Introduction générale au droit, op. cit.*, n° 71, p. 62.

³⁰⁶ V. NYCKEES, *La Sémantique, op. cit.*, p. 330.

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 340.

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 266.

est vrai des significations du langage ordinaire est également vrai des significations propres au langage du droit puisque les unes comme les autres constituent des significations linguistiques. De plus, les significations juridiques et les significations du français ordinaire se recoupent en bonne partie, puisque la langue du droit français est le français. Un seul exemple nous suffira pour l'établir. Il est emprunté à Vincent NYCKEES qui se livre, circonstance heureuse, à un exercice d'« *archéologie sémantique* »³⁰⁹ sur un concept juridique, à savoir le concept « obligation »³¹⁰.

174. Notre auteur indique, entre autres, l'étymologie du mot obligation telle qu'elle est décrite dans le *Dictionnaire étymologique de la langue latine* d'ERNOUT et MEILLET³¹¹ :

Définition d'*obligo*: 1. attacher à, contre; attacher ensemble; 2. [figuré] a) lier, engager, obliger. Exemple: *aliquem sibi liberalitate obligare* (Cicéron), s'attacher quelqu'un par sa libéralité; b) engager, hypothéquer; c) lier, enchaîner.

175. Comment expliquer ce passage du sens 1., ayant trait à un lien physique, au passage du sens 2., exprimant un lien moral ou juridique ? M. NYCKEES, après s'être livré à une étude étymologique poussée et après avoir consulté les travaux de certains romanistes, conclut de la manière suivante³¹²:

L'obligation est d'abord une contrainte physique exercée par le créancier à l'encontre du débiteur en vue de la réparation effective ou symbolique du tort subi. L'enchaînement ou l'encordement du débiteur permet de se saisir de sa personne et d'en disposer à son gré.

Jusqu'à la loi Poetelia Papiria (326 [av. J.C.]), les créanciers conserveront ainsi le droit d'emprisonner leur débiteur, de le vendre au-delà du Tibre, voire de le mettre à mort. Cette loi, cependant, ne fait sans doute qu'entériner l'abandon progressif de telles pratiques et l'émergence d'autres usages. Bien avant cette date, les créanciers ont dû

³⁰⁹ Cette expression figure, *ibid.*, p. 133 et p. 330.

³¹⁰ Pour l'analyse intégrale v., *ibid.*, pp. 148-153.

³¹¹ *Ibid.*, p. 150.

³¹² *Ibid.*, p. 153.

commencer à *déléguer* à la force civile la prise de corps des débiteurs. L'« obligé » n'est donc plus enchaîné ni encordé par le créancier lui-même, mais sa situation de dépendance à l'égard de celui-ci jusqu'à ce qu'il « se libère » de sa dette est en quelque sorte *garantie par la loi*. Grâce à l'appui d'une force civile de plus en plus performante, la coercition est désormais en mesure de remplacer la violence directe. Les liens physiques ne sont plus qu'une solution de dernier recours, une menace planant virtuellement sur les contrevenants, à une époque où l'assouplissement de la vie économique transforme la créance en source de profits.

Dès lors - si notre analyse est juste - , le lien exprimé par *obligare* est en route vers le symbole. Les liens physiques initiaux (chaînes et cordes) n'apparaissent bientôt plus que comme des images d'une situation ou, à la rigueur, comme des cas particuliers d'une situation plus abstraite, l'obligation juridique, c'est-à-dire de cette contrainte exercée sur les débiteurs par la société civile, grâce à l'entremise des représentants de la loi, en vue de la restitution aux créanciers des biens prêtés.

On pourrait trouver bien d'autres exemples d'abstractions qui n'ont d'autre source que la complexification de la société civile et en particulier sa « juridisation », c'est-à-dire en définitive le fait que la gestion des interactions humaines puisse être réglée par des conventions historiquement ou graduellement constituées ayant force de loi et régissant la vie des hommes.

176. Notre lecteur pourrait peut-être nous reprocher que le récit du linguiste ne fait que rappeler des faits bien connus des juristes et ce, d'autant plus, que le linguiste lui-même s'appuie sur les travaux de spécialistes du droit romain³¹³. Certes, répondrons-nous, mais il convient d'en tirer toutes les conséquences. Les voici formulées par notre auteur³¹⁴ :

Pour admettre que les significations linguistiques [et nous ajouterons que les significations juridiques sont aussi des significations linguistiques] puissent évoluer tout en restant adaptées aux besoins de la communication humaine, il faut en effet prendre conscience du fait qu'**elles n'ont pas besoin d'être les reflets d'une réalité objective** indépendante de l'homme expliquant leur efficacité dans l'expérience, et que, **sans être pour autant des réalités purement subjectives**, elles sont fondamentalement des

³¹³ En l'occurrence, J. GAUDEMET, *Les institutions de l'Antiquité*, Paris, Montchrestien, 2^{ème} éd., 1982; L. HARMAND, *Société et économie de la République romaine*, Paris, Armand Colin, 1976.

³¹⁴ V. NYCKEES, *La Sémantique*, *op. cit.*, p. 156.

constructions culturelles, élaborées grâce au langage au fil de l'histoire des communautés linguistiques (nous soulignons).

177. Cette conclusion nous paraît très importante pour la réalisation du droit. De ce que le sens des mots et donc des règles de droit n'existe pas en dehors de la tête des interprètes, il serait tentant de conclure au « gouvernement des juges » qui fixeraient les significations des règles de droit au gré de leurs préférences personnelles plus ou moins avouables. La signification des règles de droit et donc le résultat du litige relèveraient en fin de compte des sentiments subjectifs du magistrat. Et pourtant, l'on sent bien qu'il ne suffit pas « *de baptiser carpe un lapin dans le seul but de pouvoir en manger le vendredi* »³¹⁵. Ce sentiment trouve son explication dans les deux points qui ont précédé : le caractère social des significations ainsi que leur élaboration culturelle et historique.

178. Nous étions, certes, partis du caractère psychique des significations dont il résultait que la compréhension du moindre mot suppose une interprétation. Est-ce à dire qu'il y a autant de significations et donc autant de règles de droit qu'il y a d'interprètes ? *Théoriquement* l'on peut imaginer qu'un magistrat fasse signifier n'importe quoi à tel ou tel mot. Comme le lien entre le mot (signifiant) et le sens (signifié) est « seulement » conventionnel et non nécessaire, rien n'empêche, dans l'absolu, un juge de rompre ce lien, de violer le « code » linguistique. Mais les usagers du langage ne seront pas dupes, précisément parce que le langage est fondamentalement un phénomène social. Ils verront bien que la décision du magistrat est malhonnête ou capricieuse ou folle. Bref, les observateurs de la jurisprudence crieront au scandale, du moins si l'on est en démocratie. *Pratiquement*, par conséquent, les magistrats ne sont pas libres de faire n'importe quoi.

179. En pratique, les magistrats sont sous contrôle. D'une part, le principe de la collégialité des juges, leur permet de se contrôler mutuellement lors de la prise de décisions³¹⁶. D'autre part, il existe une hiérarchie des juridictions. Les magistrats du premier degré sont d'abord sous le contrôle des juges d'appel. De plus, le recours en cassation permet « *de faire annuler par la Cour de cassation les jugements ou arrêts en dernier ressort, rendus*

³¹⁵ L'expression est emprunté à F. COLLART DUTILLEUL, Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Paris, Dalloz, Précis, Droit privé, 7^{ème} éd., 2004, n° 313, p. 282.

³¹⁶ Sur ce point, v. R. PERROT, *Institutions judiciaires*, *op. cit.*, n° 497 et s., pp. 397 et s.

en violation de la règle de droit »³¹⁷. Certes, comme le remarque M. TROPER, les « *juridictions suprêmes peuvent sans doute donner à un texte n'importe quelle signification, puisque, quel que soit son contenu, elle ne pourra être juridiquement contestée, c'est-à-dire qu'elle sera valide et produira des effets en droit. Elles pourraient de même modifier à l'occasion de chaque application l'interprétation qu'elles donnent d'un même énoncé* »³¹⁸. En pratique, toutefois, le comportement des cours suprêmes n'est pas ainsi.

180. D'après M. TROPER, les interprétations données par les cours suprêmes se caractériseraient par leur « *constance* », c'est-à-dire par la rareté des revirements de jurisprudence, et par leur « *cohérence* », c'est-à-dire par la prise en considération des interprétations données à d'autres occasions³¹⁹. Cette cohérence et constance de la jurisprudence ne résulteraient pas d'une obligation des cours suprêmes d'attribuer à un texte son sens véritable, mais bien plutôt de la mission sociale qu'elles veulent exercer. L'auteur écrit que « *dès lors qu'elle [la juridiction suprême] entend exercer un pouvoir réel et régir par des règles des comportements, elle est [...] contrainte à la cohérence et à la constance* »³²⁰. Les interprétations capricieuses rendraient en effet impossible l'idée même d'une réglementation des comportements, car nul ne saurait se conformer à une norme perpétuellement changeante. Il en résulterait qu'une juridiction suprême « *est juridiquement libre, mais socialement contrainte* »³²¹.

181. Nous ne saurions mieux dire, sauf à ajouter une précision quant à la « *contrainte sociale* » qui pèse sur une juridiction suprême. Cette contrainte ne résulte pas seulement de la mission de la plus haute juridiction. Elle résulte *aussi* du caractère conventionnel ou social du langage juridique. Or, ces conventions plongent leurs racines dans une tradition historique et culturelle qui freine le changement. Changer une convention linguistique, c'est déroger à un « *code* » linguistique et rompre avec une tradition. Rompre une convention linguistique, c'est encourir le risque de ne pas se faire comprendre. Et cette rupture, serait-elle comprise, ne sera pas nécessairement acceptée. Tout changement

³¹⁷ J. BORÉ, L. BORÉ, *La cassation en matière civile, op. cit.*, n° 01.21.

³¹⁸ M. TROPER, « *Interprétation* », in *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, col. gauche, p. 847.

³¹⁹ *Ibid.*

³²⁰ *Ibid.*

³²¹ *Ibid.*

d'interprétation, pour être ratifié à nouveau par la communauté des juristes et des citoyens, doit être justifiable, c'est-à-dire qu'il doit pouvoir se fonder sur de bonnes raisons qui motivent le changement de sens. À l'inverse, le respect du précédent ne nécessite pas de justification³²². On l'aura compris, le caractère social, historique et culturel des significations est une garantie contre l'arbitraire du juge.

Il est temps de passer aux aspects plus spécifiques de la notion de signification.

SECTION II

LES ASPECTS SPÉCIFIQUES DE LA NOTION DE SIGNIFICATION

182. Un auteur a dit de la structure sémantique des énoncés qu'elle est comparable à celle d'un « *feuilleté* »³²³, et tel est bien l'impression que nous laisse l'étude des aspects spécifiques de la notion de sens. La signification est faite de couches sémantiques qui se superposent ou s'enchevêtrent en sorte qu'il est difficile de les analyser et de les décrire. Il reste que ces différents aspects ont un grand intérêt pour une meilleure compréhension de l'opération d'interprétation du droit. Tous ces aspects constituent, en effet, autant de buts de l'interprétation juridique qui, par définition, est une recherche de sens. De même, chacun d'entre eux peut faire l'objet d'une intention du législateur, car ils peuvent tous avoir été voulus par lui. On peut alors dire qu'il peut exister autant d'aspects dans l'intention du législateur et dans le but de l'interprétation qu'il existe d'aspects dans la notion de sens.

183. Sans nullement prétendre à la complétude, nous distinguerons entre le sens abstrait et le sens concret (§ I), le sens explicite et le sens implicite (§ II), le sens référentiel et la force des règles de droit (§ III), le sens-signification et le sens-direction (§ IV), les significations élémentaires et les significations d'ensembles (§ V) ainsi qu'entre le sens pour le législateur et le sens pour l'interprète (§ VI). Cette multitude d'aspects dans la signification, cet enchevêtrement de couches sémantiques vient préciser l'extension de l'espace de la signification du droit qui s'étend entre le législateur et la magistrat.

³²² Sur le rôle du précédent, même en droit français, v. *infra*, n° 545.

³²³ C. KERBRAT-ORECCHIONI, *L'implicite*, Paris, Armand Colin, 1986, p. 14.

§ I – LA DISTINCTION ENTRE LE SENS ABSTRACTIF ET SENS CONCRET

184. Nous divisons ce point en deux parties, en consacrant la première à la présentation des deux sens. Cette présentation nous amènera naturellement à réfléchir sur la notion de sens contextuel puisque le sens concret est un sens en contexte.

A. – LA PRÉSENTATION DE LA DISTINCTION

185. Nous avons déjà rencontré les notions d'abstraction et de concrétude³²⁴. À cette occasion, nous avons constaté que tout mot était une abstraction. Tout mot étant abstrait, nous avons conclu que la distinction entre l'abstrait et le concret ne peut avoir de sens que du point de vue de l'utilisation du mot. Lorsqu'un mot est utilisé *sans désigner* de référent, alors ce mot est utilisé abstraitement et peut être dit « abstrait ». À l'inverse, lorsqu'il est utilisé *pour désigner* un référent, alors le mot peut être qualifié « concret ». En définitive, nous analysons l'abstraction et la concrétude comme une *fonction* du mot, en distinguant selon que le mot est employé pour désigner ou sans désigner.

186. De cette analyse découle la distinction entre sens abstrait et sens concret. Quand quelqu'un me dit par exemple « j'ai adoré ce vin », je comprends aisément certains mots isolés de cette phrase tel le mot « adorer » ou le mot « vin », c'est-à-dire que j'en comprends le sens abstrait. Il s'agit de celui que tentent de décrire les dictionnaires : « vin » « *boisson alcoolisée provenant de la fermentation du raisin* » ; « adorer » « *avoir un goût très vif pour (qqch.)* »³²⁵. Et pourtant, je n'aurai compris cet énoncé dans son intégralité qu'à la condition de savoir de quel vin précis le locuteur parle, par exemple de celui qui se trouvait dans la bouteille que l'on vient de boire ou de celui dont il était question dans la discussion précédant l'énonciation. En l'occurrence, le mot « vin » est utilisé pour désigner un référent spécifique, tel le Côtes du Rhône que nous venons de boire. C'est cet aspect du sens que nous désignons par sens concret.

³²⁴ *Supra*, n° 69 et s.

³²⁵ A. REY, J. REY-DEBOVE, *Le Nouveau petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Le Robert, 2007, v° « Vin » et « Adorer ».

187. Il est vrai que les linguistes utilisent d'autres formules pour distinguer les deux aspects du sens que nous venons de mettre en évidence. Ils opposent, par exemple, au « *sens potentiel* » ou « *sens en langue* », un « *sens actuel* », « *sens en emploi* » ou « *sens contextuel* »³²⁶. Ces formules se recoupent largement avec notre propre distinction entre sens abstrait et sens concret, sauf que nous pensons que cette dernière est plus précise ainsi que nous l'expliquerons au point suivant. En attendant, nous nous permettons d'insister sur le fait que la distinction entre sens abstrait et sens concret a une grande valeur explicative pour la réalisation du droit. Elle permet, en effet, de démontrer pourquoi la qualification juridique des faits est une question de droit. S'il en est ainsi, c'est que le sens concret est susceptible de rejaillir, d'une manière plus ou moins forte selon les cas, sur le sens abstrait d'un mot. En voici une illustration.

188. Avant la loi du 11 juillet 1975, l'article 180, alinéa 2, du Code civil disposait que « *lorsqu'il y a erreur dans la personne, le mariage ne peut être attaqué que par celui des époux qui a été induit en erreur* »³²⁷. Or, le sens abstrait de la séquence de mots « erreur dans la personne »³²⁸ avait posé un célèbre problème d'interprétation tranché à l'occasion de l'arrêt *Berthon* que nous désignons, pour en mieux assurer l'imprégnation dans le mémoire de notre lecteur, par l'appellation « histoire du forçat ». En l'espèce, Dame Berthon avait découvert, postérieurement à son mariage, que son mari lui avait caché sa qualité d'ancien forçat. Horrifiée, elle demanda la nullité de son mariage pour « erreur dans la personne ». Mais que signifiait cette expression ? Le choix était entre deux interprétations possibles de la notion, l'une restrictive, l'autre large. D'où les deux hypothèses juridiques suivantes :

- *on entend par « erreur dans la personne », l'erreur portant sur la seule identité physique de la personne (l'hypothèse d'interprétation restrictive) ;*
- *on entend par « erreur dans la personne », l'erreur portant aussi bien sur l'identité physique de la personne que sur ces qualités substantielles (l'hypothèse d'interprétation large).*

³²⁶ Ch. BAYLON, X. MIGNOT, *Sémantique du langage*, op. cit., n° 2.1., p. 36.

³²⁷ Le Code civil dans sa version de 1804 a fait l'objet d'une réédition, v. J.-D. BREDIN (édition présentée par), *Code civil des Français, 1804, Bicentenaire*, Paris, Dalloz, 2004, p. 46.

³²⁸ Ailleurs nous appelions de telles séquences de mots des « concepts composés », v. *supra*, n° 73.

189. La Cour de cassation, statuant toutes chambres réunies, opta, par un arrêt du 24 avril 1862, en faveur de l'hypothèse d'interprétation restrictive, c'est-à-dire qu'elle limita l'erreur dans la personne aux seules erreurs ayant trait à l'identité physique de la personne³²⁹. Or, l'erreur de la Dame Berthon « *ne touche en rien à l'identité de la personne* » et « *ne peut donc motiver une action en nullité du mariage pour erreur dans la personne* »³³⁰. Partant, celle-ci demeura mariée.

190. De l'avis général de la doctrine, l'erreur sur l'identité physique correspond à une hypothèse d'école car elle suppose une substitution de personne, comme par exemple la substitution d'une femme à une autre sous le voile³³¹. L'erreur sur l'identité civile correspond à un cas de figure plus plausible. Il s'agit d'une erreur sur l'état civil résultant par exemple de l'usurpation par l'un des futurs époux de l'état civil d'une personne décédée, ou de la dissimulation de sa nationalité véritable³³². Notons au passage que le tribunal civil de Bordeaux, dans un jugement du 9 juin 1924, avait admis au titre de l'erreur sur l'identité civile le fait pour un homme de s'être mensongèrement présenté comme un célibataire, dissimulant ainsi sa qualité d'homme marié puis divorcé, ayant un enfant et vivant avec les charges que comporte la paternité³³³. Remarquons enfin que suite à la résistance des juges du fond contre la conception trop restrictive de la jurisprudence *Berthon*, le législateur a introduit en 1975 au côté de l'erreur dans la personne, l'erreur sur les qualités essentielles³³⁴. Les auteurs nous apprennent qu'une qualité est essentielle à une double condition. Il faut qu'elle soit essentielle pour l'époux qui l'invoque. Elle doit donc être subjectivement déterminante, c'est-à-dire que sans cette erreur l'époux n'aurait jamais consenti au mariage. Or, il est clair qu'une erreur qui peut être déterminante pour un individu peut ne pas l'être pour un autre (par exemple, une erreur sur l'appartenance religieuse). De plus, la qualité doit être essentielle pour le mariage en tant que tel. Elle doit donc être objectivement ou sociologiquement déterminante. Ainsi on retiendra par exemple l'erreur sur l'intégrité mentale ou sur l'aptitude

³²⁹ Ch. réun., 24 avril 1862, *GACIV* N° 28, p. 160.

³³⁰ *Ibid.*, p. 161.

³³¹ En ce sens, v. J. CARBONNIER, *Droit civil, La famille, op. cit.*, n° 531, p. 1172.

³³² *Ibid.*

³³³ *Gaz. Pal.* 1924.2.201.

³³⁴ Sur l'évolution de la jurisprudence, v. G. CORNU, « Centenaire », *D.* 1995.215; H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, note sous, Ch. réun., 24 avril 1862, *arrêt préc.*, n° 4, p. 163.

aux relations sexuelles à condition qu'elle soit aussi subjectivement déterminante³³⁵.

191. Cette présentation nous permettra de comprendre la portée d'un arrêt rendu le 2 décembre 1997 par la première chambre civile de la Cour de cassation³³⁶. En l'espèce, et l'on remarquera le parallèle avec le jugement de Bordeaux précité, Monsieur L. avait caché à son épouse, Madame S., le fait d'avoir contracté un premier mariage civil et religieux et le divorce qui s'ensuivit. Lorsque Madame découvrit, quelques vingt années après la célébration de son mariage avec L., l'erreur en laquelle son mari l'avait induite, elle en demanda l'annulation. Voici la solution retenue par l'arrêt:

Mais attendu que la cour d'appel a retenu, à bon droit, que **le fait pour M. L. d'avoir caché à son épouse qu'il avait contracté un premier mariage religieux et qu'il était divorcé, avait entraîné pour son conjoint une erreur sur les qualités essentielles de la personne**; qu'elle a souverainement estimé que cette circonstance était déterminante de son consentement pour Mme S. qui, désirant contracter un mariage religieux, entendait par là même, épouser une personne non divorcée; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision. (nous soulignons)

192. La solution de l'arrêt illustre très bien la mise en œuvre de la définition de l'erreur sur les qualités essentielles. La Cour de cassation approuve d'abord la cour d'appel d'avoir retenu l'erreur sur l'état de divorcé comme une erreur sur les qualités essentielles. À ce titre, l'erreur est considérée comme objectivement ou sociologiquement déterminante. Ensuite, la Haute juridiction renvoie au contrôle souverain des juges du fond qui avaient jugé subjectivement déterminante l'erreur de Madame.

193. En l'espèce, nous sommes en présence d'une utilisation concrète de l'expression « erreur sur les qualités essentielles », parce que cette expression est utilisée *pour désigner* l'erreur précise commise par Mme S. lors de son mariage avec M. L. . Bien sûr, cette expression peut également être utilisée *sans désigner* d'erreur spécifique. Le mot est alors

³³⁵ H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, note *préc.*, p. 142.

³³⁶ Civ. 1^{ère}, 2 décembre 1997, *D. Fam.* 1998, n° 35, obs. H. LECUYER.

utilisé avec son sens abstrait : toute erreur sur une qualité individuellement et socialement déterminante du conjoint. L'essentiel est de voir qu'il existe entre les deux sens une très forte interaction.

194. À l'évidence, le sens abstrait d'un mot détermine son sens concret. Les logiciens classiques l'ont bien remarqué, lorsqu'ils nous apprennent que la compréhension d'un concept détermine son extension³³⁷. Pour pouvoir dire que Paul est un homme, c'est-à-dire qu'il fait partie de l'extension du concept « homme », il faut d'abord que je sache ce qu'est un homme, c'est-à-dire que je connaisse la compréhension de ce concept (être vivant, vertébré, mammifère, biman, doué de langage etc.)³³⁸. Mais, dans la réalité linguistique, qui est celle du droit, l'on voit que le sens concret est également susceptible de modifier et donc de déterminer le sens abstrait. Reprenons notre exemple où l'emploi de la notion d'erreur sur les qualités essentielles contribue très clairement à préciser le sens abstrait de la notion d'erreur sur les qualités essentielles.

195. Il semble, en effet, que l'erreur sur la qualité de divorcé aurait dû relever de la classique « erreur dans la personne » puisqu'il s'agit d'une erreur sur l'identité civile, et l'on se souvient du jugement de Bordeaux cité plus haut. Dès lors, le fait de classer l'erreur sur la qualité de divorcé dans la classe de l'« erreur sur les qualités essentielles » pourrait bien signifier que toute erreur sur l'identité civile doit désormais relever de cette classe³³⁹. Si notre idée était exacte, il en résulterait que la catégorie de l'« erreur dans la personne » ne désignerait plus que les invraisemblables erreurs sur l'identité physique, les erreurs sur l'identité civile s'en trouvant exclues. Par vases communicants, l'erreur dans la personne se trouverait alors redéfinie comme une erreur sur l'identité physique et l'erreur sur les qualités essentielles comme toute autre erreur, sauf celle portant sur l'identité physique. Voilà comment l'emploi d'une notion dans un cas concret peut rejaillir sur son sens abstrait.

196. Cette interaction entre le sens concret et abstrait nous paraît fondamentale. Elle

³³⁷ En ce sens, v. M. GEX, *Logique formelle, op. cit.*, n° 7, p. 23.

³³⁸ Pour une définition des notions d'« extension » et de « compréhension », *infra*, n° 268.

³³⁹ En ce sens, v. H. LECUYER, obs. sous, Civ. 1^{ère}, 2 décembre 1997, *arrêt préc.*; G. CORNU, *Droit civil, La famille*, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 9^{ème} éd., 2006, n° 176, p. 298. Cette généralisation est d'ailleurs fondée sur la mise en oeuvre de la règle de justice formelle qui commande de traiter de la même façon des cas d'espèce semblables, (sur ce point, v. *supra.*, n° 106 et 749). Il en résulte que si je classe une erreur sur l'identité civile dans la classe des erreurs sur les qualités essentielles, je dois, à l'avenir, en faire de même pour toutes les autres erreurs sur l'identité civile.

permet de comprendre pourquoi la qualification juridique des faits est une question de droit et, à ce titre, toujours susceptible d'être contrôlée par la Cour de cassation³⁴⁰. Le sens concret contribue à déterminer le sens abstrait. Ce constat est en parfait accord avec l'opinion de MARTY qui écrivait déjà que « *par l'identification d'une situation de fait avec une notion légale, toute qualification entraîne indirectement une définition de cette notion* »³⁴¹. L'idée est la même, le sens concret procure du sens abstrait, la qualification procure de la définition. Il existe entre les mots de la règle (sens abstrait) et leur application aux faits (sens concret) un « *perpétuel va-et-vient du fait et du droit, qui permet d'enrichir la définition légale* »³⁴². La qualification au regard de la règle, tout comme son interprétation, sont attributives de sens.

197. Ces réflexions nous conduisent imperceptiblement vers la notion de contexte, car il s'avère que les faits de l'espèce relèvent d'un « contexte d'application » de la règle. Le sens concret est donc déjà un sens contextuel. Mais il faut creuser cette notion de contexte à laquelle les juristes font d'ailleurs très souvent référence.

B. – LA NOTION DE SENS CONTEXTUEL

198. Nous l'avons déjà dit, les linguistes opposent un « *sens potentiel* », appelé aussi « *sens en langue* », à un « *sens contextuel* », « *sens en emploi* » ou encore « *sens actuel* »³⁴³. Nous trouvons ces distinctions moins heureuses que la nôtre, parce qu'elles conduisent à de très graves difficultés. Nous l'établirons à partir d'une réflexion sur la notion de sens contextuel.

199. L'on peut distinguer entre le contexte au *sens large* et le contexte au *sens strict*.

³⁴⁰ En l'espèce, la Cour de cassation contrôle le caractère objectivement déterminant de l'erreur. Elle énonce que la cour d'appel a retenu à « *bon droit* » la qualification d'erreur sur les qualités essentielles, ce qui révèle l'existence d'un contrôle. En revanche, elle s'en remet à l'appréciation souveraine des juges du fond pour apprécier le caractère subjectivement déterminant de l'erreur. Sur la question du contrôle notamment, v. M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, *La technique de cassation, Pourvois et arrêts en matière civile*, Paris, Dalloz, col. Méthodes du droit, 2006, 6^{ème} éd., pp. 86 et s.

³⁴¹ G. MARTY, *La distinction du fait et du droit, Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Paris, Recueil Sirey, 1929, n° 115, p. 205.

³⁴² J. BORÉ, L. BORÉ, *La cassation en matière civile, op. cit.*, n° 65.162.

³⁴³ Ch. BAYLON et X. MIGNOT, *Sémantique du langage, op. cit.*, n° 2.1., p. 36.

Le contexte au sens strict, appelé aussi *cotexte*, est constitué des énoncés qui précèdent et/ou qui suivent un énoncé donné³⁴⁴. Au sens large, il convient d'ajouter au cotexte la *situation*, c'est-à-dire le lieu, le moment et l'environnement dans lesquels l'énoncé est proféré³⁴⁵. MM. SOURIOUX et LERAT abondent dans le même sens lorsqu'ils précisent que l'interprétation d'un texte juridique exige une « *mise en situation* », qui est en fait une mise en contexte au sens stricte et au sens large³⁴⁶. Cette dernière se fonde alors sur des « *informations qu'il est toujours utile de rassembler, et qui peuvent être déterminantes pour l'interprétation du texte. Ce sont la **date** et l'**auteur** au sens large, le **support** compris comme ensemble textuel, le **type d'écrit** concerné, le **contexte au sens linguistique** [c'est le cotexte], c'est-à-dire la localisation précise d'un extrait et enfin le type de **connaissances présupposées** chez le lecteur* » (nous soulignons)³⁴⁷.

200. Ce n'est qu'à première vue que les choses paraissent simples. De fait, la grande difficulté avec le contexte « *est de savoir où il commence et où il finit* »³⁴⁸. Il en va ainsi tout d'abord du contexte au sens strict. Quelle est, en effet, l'extension du cotexte ? Celui-ci comprend, dans une première approche, les énoncés qui précèdent et/ou qui suivent un énoncé déterminé. Mais alors, lorsque l'on considère un texte comme le Code civil, il faut bien se rendre à l'évidence qu'une disposition donnée peut être précédée et suivie par de centaines d'autres articles, que l'article en question peut avoir été concrétisé par un grand nombre de jurisprudences et que de surcroît d'autres textes, comme des conventions internationales, peuvent exercer une influence déterminante sur la signification du texte en question. De là il semble résulter que « *le cotexte est un objet indéfiniment extensible* »³⁴⁹. Mais il y a plus troublant.

201. La frontière entre le contexte au sens strict et le contexte au sens large est également diffuse. À y regarder de près, cette question de frontière pose un problème de

³⁴⁴ En ce sens, v. *ibid.*, n° 1.2., p. 12 et p. 26.

³⁴⁵ En ce sens, v. *ibid.*, n° 1.2., p. 11 et pp. 26-27.

³⁴⁶ J.-L. SOURIOUX, P. LERAT, *L'analyse de texte, Méthode générale et applications au droit*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 5^{ème} éd., 2005, p. 11.

³⁴⁷ *Ibid.*

³⁴⁸ F. ARMENGAUD, *La pragmatique*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 4^{ème} éd. (corrigée), 1999, p. 60.

³⁴⁹ C. KERBRAT-ORECCHIONI, *L'implicite*, *op. cit.*, p. 16.

distance. Au fur et à mesure que les éléments linguistiques nécessaires à l'interprétation d'une disposition s'en éloignent, l'on passe, semble-t-il, imperceptiblement du cotexte au contexte pris au sens large. L'affirmation peut être illustrée de deux manières. D'une part, il est, par exemple, permis de se demander si une disposition « éloignée » de la disposition à interpréter fait encore partie du cotexte ou s'il convient déjà de la ranger dans le contexte au sens large au nom des connaissances présupposées. La même remarque vaut pour les travaux préparatoires d'un texte. Ceux-ci, bien qu'ayant un statut linguistique, sont peut-être trop éloignés du texte à interpréter pour faire partie du cotexte.

202. Enfin, l'extension du contexte au sens large fait, elle aussi, difficulté. L'on peut, en effet, distinguer divers contextes qui, de surcroît, paraissent se chevaucher. Ne faudrait-il pas, pour commencer, distinguer entre un *contexte juridique* et un *contexte non juridique*³⁵⁰. Assurément, le contexte juridique est susceptible d'influer sur le sens des mots. PORTALIS ne disait-il pas que l'« *on se méprend sur le sens des lois lorsqu'on prend leurs expressions dans l'acception qu'elles ont dans le langage ordinaire* »³⁵¹. M. VAN DE KERCHOVE ajoute que l'« *insertion d'un terme [usuel] dans un texte juridique ne saurait en effet laisser sa signification absolument inchangée* »³⁵². D'une manière fort pertinente, l'auteur fait une autre distinction entre le « *contexte d'énonciation* » et le « *contexte d'application* » des règles³⁵³. Par contexte d'énonciation de la règle, notre auteur entend le contexte « *linguistique et situationnel* »³⁵⁴ dans lequel le texte est énoncé. Ce contexte s'oppose à un contexte d'application qui est relatif « *à la nature des situations auxquelles on prétend l'appliquer* »³⁵⁵.

203. Nous avons également rencontré la référence à un *contexte institutionnel* dans

³⁵⁰ En ce sens, v. M. VAN DE KERKHOVE, « Le sens clair du texte : argument de raison ou d'autorité ? », in *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Bruxelles, éd. Nemesis, P. VASSART (études publiées par), G. HAARSCHER, L. INGBER, R. VANDER ELST (sous la dir. de), 1988, p. 308 ; du même auteur, « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », in *L'interprétation en droit, Approche pluridisciplinaire*, M. VAN DE KERCHOVE (publié sous la dir. de), Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1978, p. 26.

³⁵¹ Cité par M. VAN DE KERKHOVE, « Le sens clair du texte : argument de raison ou d'autorité ? », *ibid.*

³⁵² *Ibid.*

³⁵³ *Ibid.*, p. 23 (en italique dans le texte).

³⁵⁴ *Ibid.*, p. 20.

³⁵⁵ *Ibid.*, p. 23.

lequel nous inclurions, par exemple, des informations sur l'autorité créatrice du texte et sa place dans la hiérarchie des institutions³⁵⁶. De plus, nous ne voyons pas pourquoi l'on n'inclurait pas dans le contexte au sens large les raisons justifiant l'existence de la règle de droit, c'est-à-dire les buts qu'elle poursuit³⁵⁷, ou encore un « *sentiment juridique caractérisant un sentiment social à un moment déterminé* »³⁵⁸. Cette partie du contexte pourrait peut-être être classée dans un « *contexte social* »³⁵⁹ et *culturel* (comportant en particulier des connaissances de culture générale et juridique)³⁶⁰. Pour ajouter à la difficulté de cet inventaire, il nous faut encore observer que certains de ces éléments sont susceptibles de varier dans le temps. Tout dépendra alors de l'époque à laquelle on se place, bref du *contexte historique* qui peut faire varier aussi bien le cotexte que les éléments du contexte au sens large.

204. Au final, notre lecteur sera peut-être déconcerté par le flou de ces développements. Mais, ce flou est, à notre sens, inévitable. En tous cas, il s'explique. Si l'extension du contexte est tellement large, c'est parce que l'on peut dire que tout est contexte,

³⁵⁶ PERELMAN a repéré un « *contexte institutionnel* » sans pour autant développer la notion (« Essai de synthèse », in *Les Antinomies en droit*, Ch. PERELMAN (sous la dir. de), Bruxelles, Bruylant, Travaux du centre national de recherches de logique, 1965, p. 403.

³⁵⁷ V. par exemple la référence que Paul AMSELEK fait « *au contexte des éléments intentionnels* » des « *jurisdisseurs* » (« Le locutoire et l'illocutoire dans les énonciations relatives aux normes juridiques », *Revue de métaphysique et morale*, 1990, p. 397).

³⁵⁸ M.-A. FRISON-ROCHE, Art. 4, « Déni de justice et interprétation de la loi par le juge », *Juris-cl. civ.*, fasc. unique, 2003, n° 63.

³⁵⁹ *Ibid.* L'auteur écrit que « *le juge analyse la loi en considération de son contexte social. Cette conception sociologique de l'interprétation des lois est aujourd'hui dominante et l'on a pu désigner la bonne jurisprudence comme celle qui parvient à capter une sorte de sentiment juridique caractérisant un sentiment social à un moment déterminé* » (nous soulignons). Adde, R. SALEILLES, « Allocution », in *Les méthodes juridiques, Leçons faites au Collège libre des sciences sociales en 1910*, par F. LARNAUDE, H. BERTHÉLEMY, A. TISSIER, H. TRUCHY, E. THALLER, PILLET, E. GARÇON, F. GÉNY, préface P. DESCHANEL, Paris, V. Giard & E. Brière Libraires-Éditeurs, 1911, pp. XXI-XXII : « *Les changements économiques et sociaux sont le fond et la raison d'être de toute l'évolution juridique ; et le droit est fait pour traduire en dispositions positives et impératives toute l'évolution sociale. Comment donc se refuser à interpréter le droit lui-même dans le sens des conceptions sociales qui tendent à se généraliser et à s'imposer* ».

³⁶⁰ En ce sens, v. p. ex. F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, n° 416 et s., pp. 335 et s. L'auteur insiste très longuement sur la nécessité de prendre en considération le « *contexte* » pour comprendre les textes. Or, ce qu'il y a de remarquable dans cette description du contexte, c'est qu'il s'agit d'un aspect du contexte auquel nous n'aurions pas forcément pensé. En tous cas, la réflexion de l'auteur met bien en évidence l'extension très large de cette notion puisque le contexte, dont il parle, est caractérisé par un état de crise du système juridique. Il s'agit d'un « *contexte qualitativement et quantitativement en crise* » (n° 442, p. 358). Cette crise se manifeste tout aussi bien dans l'inflation passionnelle des textes qu'au niveau du juge. Aussi, « *l'on déplore une ardeur dans la production de règles, de circulaires, de recommandations, d'avis, de plans, ... qui sont le signe bien connu de la bureaucratie, de la technocratie, de l'eurocratie* » (n° 427, p. 343). Mais encore, la magistrature est en crise en raison de l'« *explosion judiciaire* » (n° 441, p. 357), c'est-à-dire des litiges, et d'une « *crise de conscience* », due à « *l'utilitarisme des temps modernes* » et à la « *multiplication des finalités du droit* » qui rendent de plus en plus complexe la « *médiation du juste au sage* » (n° 442, p. 358).

sauf la disposition ou le mot à interpréter. Il faut même, semble-t-il, aller plus loin et reconnaître que *tout* sens est contextuel parce qu'il dépend toujours des connaissances de l'interprète, de son époque, de sa culture. Le « *contexte zéro* » n'existe pas³⁶¹. En conséquence, il paraît inexact d'opposer un sens contextuel à un quelconque autre sens, tel le sens potentiel des mots décrit dans les dictionnaires.

205. Cette conclusion nous paraît néanmoins franchement inopportune précisément parce que les juristes font fréquemment référence à la notion de contexte. Dans ces conditions, il serait parfaitement illusoire d'essayer d'interdire, pour des raisons de précision scientifique, l'emploi d'un terme d'usage courant. De plus, si le terme est d'utilisation fréquente, c'est bien qu'il doit avoir une certaine utilité. Le tout sera de s'en servir avec circonspection. Voici comment nous pensons pouvoir le faire. Dans l'absolu, certes, tout sens est contextuel, mais dans un certain contexte culturel et historique donné, l'on peut envisager d'introduire une notion de sens contextuel plus restreinte. Nous entendons par là qu'il est possible d'envisager que des individus baignent, à une époque donnée, dans la culture générale française et européenne et, de manière plus particulière, dans la culture juridique française et dans la culture juridique européenne. Si nous excluons alors ce tronc commun de connaissances de la notion de contexte, il devient possible d'imaginer un sens *hors* contexte (présupposant seulement ce tronc commun de connaissances) et un sens *en* contexte (présupposant ce tronc commun de connaissances plus d'autres informations). Dans cette perspective, le sens potentiel ou sens en langue devrait s'analyser en un sens hors contexte et devrait correspondre à l'usage commun d'un mot dans une communauté linguistique qui partage une certaine culture. Il s'agit précisément du sens que décrivent les dictionnaires.

206. De son côté, le sens contextuel, en emploi ou actuel peut alors se concevoir de deux manières. Soit il est une variation du sens potentiel résultant du contexte (restreint), tout en restant encore un sens abstrait. Soit il consiste en l'emploi d'un mot dans une situation déterminée, et il est alors un sens concret. Ainsi, nous dirons que la définition lexicale de l'« erreur » comme « *appréciation inexacte portant sur l'existence ou les qualités d'un fait [...]* »³⁶² est un sens potentiel, hors contexte, un sens abstrait. Par contre, le terme « erreur », possède déjà un sens contextualisé (en emploi ou actuel), lorsqu'il est utilisé dans le contexte

³⁶¹ L'expression figure dans, F. ARMENGAUD, *La pragmatique, op. cit.*, p. 72.

³⁶² R. GUILLIEN, J. VINCENT, S. GUINCHARD, G. MONTAGNIER, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 15^{ème} éd., 2005, v° « Erreur ».

des causes de nullité du mariage. Il signifie alors un vice de consentement dans le cadre de la formation du mariage. Ce sens n'en reste pas moins abstrait, car le terme erreur est utilisé sans désigner. Enfin, nous l'avons vu, le sens du mot « erreur » peut être concret. Il en est ainsi lorsqu'il est utilisé pour désigner une erreur spécifique qu'un époux a commise.

207. Une dernière remarque nous reste à faire. Même la notion de contexte (restreinte), à laquelle nous avons finalement abouti, conserve une extension extrêmement large. Mais tout ne sera pas pertinent dans ce contexte. La pertinence d'un élément du contexte est, sauf l'accord de tous, à démontrer, et les démonstrations juridiques se font, nous le verrons, par des argumentations. Souvent, dès lors, il appartiendra à l'interprète de construire et de convaincre du *contexte pertinent*.

208. Nous en avons terminé avec la notion de sens contextuel proprement dit. Il reste que tous les autres aspects de la notion de signification sont eux aussi dans un rapport étroit avec la notion de contexte. Ce sera, par exemple, le cas de la distinction entre *sens explicite* et *sens implicite*.

§ II – LA DISTINCTION ENTRE SENS EXPLICITE ET SENS IMPLICITE

209. La distinction entre le sens explicite et le sens implicite nous permettra d'éclairer quelque peu une autre distinction, bien connue des juristes, entre la lettre et l'esprit de la loi.

A. – LA PRÉSENTATION DE LA DISTINCTION

210. Le sens explicite ou littéral peut se définir comme « *tout sens lié directement à un composant de l'énoncé ou résultant, toujours directement, de la combinaison des composants de l'énoncé* »³⁶³. Or, ce lien direct entre le sens et les mots qui le véhiculent

³⁶³ Ch. BAYLON, X. MIGNOT, *Sémantique du langage*, op. cit., n° 1., p. 151.

résulte des conventions linguistiques qui constituent le langage³⁶⁴. Cette définition du sens explicite rejoint les observations d'un auteur sur la lettre de la loi, c'est-à-dire sur son sens littéral. Il écrit que « *l'interprétation d'un texte par sa lettre, l'interprétation littérale, consiste à tirer directement son sens des mots et de leur définitions, de l'articulation qui en est faite dans la phrase, de la grammaire et de la syntaxe* »³⁶⁵. Les positions du linguiste et du juriste nous paraissent identiques. Sens explicite et sens littéral résultent du sens conventionnel des mots et des règles conventionnelles qui régissent leur combinaison dans la phrase.

211. À l'opposé, le sens implicite est « *un sens qui ne ressort directement d'aucun signe particulier, ni non plus d'aucune séquence de signes, mais qui, paradoxalement, ne saurait se manifester sans leur appui [...]* »³⁶⁶. Autrement dit, le sens implicite est un « *sens au-delà des mots* »³⁶⁷ ou un « *sens non-dit* »³⁶⁸. Bref, le sens est implicite « *quand tout ou partie du sens des énoncés ne peut être affecté aux mots et aux autres signaux, phoniques ou graphiques, constituant ces énoncés* »³⁶⁹. Un exemple tiré du langage ordinaire va nous éclairer. Imaginons une épouse qui dit à son mari « J'ai oublié d'acheter du pain »³⁷⁰. Sans broncher le mari saute dans sa voiture et se rend chez le boulanger. Au lieu de demander explicitement à son mari d'aller acheter du pain, cette demande de l'épouse est implicite dans un énoncé dont le sens explicite est complètement différent. En voici un autre exemple. L'énoncé « *Pierre a cessé de fumer* » peut vouloir dire plusieurs choses à la fois. Il signifie d'abord, de manière explicite, que « *Pierre, actuellement ne fume pas* ». D'une manière un peu moins explicite, un peu plus implicite, il peut signifier aussi que « *Pierre auparavant fumait* » ou encore « *C'est pas comme toi qui continues à fumer, tu vois bien qu'on peut y arriver, prends-en de la graine...* »³⁷¹. Le sens implicite, on l'aura compris, a besoin de mots (signifiants) qui lui servent de support, mais il est différent du sens conventionnel qu'ils

³⁶⁴ En ce sens, v. *ibid.*

³⁶⁵ M.-A. FRISON-ROCHE, Art. 4, « Déni de justice et interprétation de la loi par le juge », *art. préc.*, n° 56.

³⁶⁶ C. BAYLON, X. MIGNOT, *Sémantique du langage, op. cit.*, n° 2.4., p. 41.

³⁶⁷ *Ibid.*, n° 2.4., p. 41.

³⁶⁸ *Ibid.*, n° 1., p. 151.

³⁶⁹ *Ibid.*, n° 1., p. 152.

³⁷⁰ Pour des exemples similaires, v. *ibid.*, n° 3.1., p. 157 (« *J'ai oublié les timbres* »), ainsi que n° 2.4., p. 41 (« *Avez-vous le Monde ?* »).

³⁷¹ L'exemple est emprunté à C. KERBRAT-ORECCHIONI, *L'implicite, op. cit.*, pp. 6-7.

véhiculent. Un exemple juridique prendra le relais de nos illustrations.

212. Littéralement, l'article 14 du Code civil, dont la rédaction date de 1804, dispose que « *l'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français ; il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français* ». En résumé, l'article 14 confère au national français un privilège de juridiction lui permettant d'attirer devant les juridictions françaises tout étranger pour les obligations qu'il a « contractées » avec lui. Or, cet article ne veut pas dire ce qu'il dit, si nous pouvons nous permettre une telle contradiction (apparente) dans les termes. En effet, d'une part, la Cour de cassation rappelle dans le droit fil d'une longue tradition jurisprudentielle que ce texte a une « portée générale » et qu'il « s'applique notamment à tous les litiges ayant pour fondement la responsabilité extracontractuelle »³⁷². En conséquence, cet article ne se limite absolument pas aux seules obligations contractuelles, bien que la lettre du texte semble l'affirmer en parlant d'obligations « contractées ». En réservant certaines exceptions, l'article 14 devrait donc se relire de la manière suivante : *Tout Français peut porter devant le juge français le litige auquel il est partie*. Mais, cette reformulation serait toujours inexacte. L'article 14 signifie encore autre chose.

213. L'article 14 instaure un privilège de juridiction au profit des Français. Il s'agit d'une règle de compétence privilégiée, fondée sur la nationalité, qui se trouve en concurrence avec d'autres règles de compétence internationale, et notamment avec celles issues de la Convention de Bruxelles du 27 avril 1968 relative à la compétence internationale en matière civile et commerciale, aujourd'hui remplacée par le règlement du Conseil du 22 décembre 2000. Or, cette convention et ce règlement entendent assurer l'égalité de traitement entre les Français et les étrangers domiciliés en France³⁷³. Dans cette logique, l'article 3, alinéa 2, du règlement dispose que l'article 14 du Code civil ne peut être invoqué à l'encontre d'un défendeur domicilié sur le territoire d'un État-membre. Par contre, l'article 4, alinéa 2, du règlement permet à toute personne domiciliée en France, quelle que soit sa nationalité,

³⁷² Civ. 1^{ère}, 27 mai 1970, *Weiss*, *GADIP*, N° 49. L'attendu de principe de cet arrêt est ainsi formulé : « *Attendu que ce texte, qui permet au plaideur français d'attirer un étranger devant les juridictions françaises, a une portée générale s'étendant à toutes les matières, à l'exclusion des actions réelles immobilières et demandes en partage, portant sur des immeubles situés à l'étranger, ainsi que des demandes relatives à des voies d'exécution pratiquées hors de France, et s'applique notamment à tous les litiges ayant pour fondement la responsabilité extracontractuelle* ».

³⁷³ P. MAYER, V. HEUZÉ, *Droit international privé*, op. cit., n° 299, p. 213.

d'attirer devant les juridictions françaises un défendeur domicilié en dehors du territoire d'un État-membre. Ces règles communautaires de compétence font encore une fois changer de sens à l'article 14, sauf à remarquer, toutefois, que l'on doit se trouver dans le champ d'application du règlement. Or, celui-ci est extrêmement vaste puisqu'il s'applique « *en matière civile et commerciale* » tout en excluant certains domaines, tels l'état et la capacité des personnes physiques ou encore les successions (article 1). Dans ces conditions l'article 14 pourrait être reformulé ainsi : *Lorsqu'un litige porte sur les matières définies par le règlement communautaire du 22 décembre 2000, toute personne domiciliée en France peut attirer un défendeur qui n'est pas domicilié sur le territoire d'un Etat-membre devant un tribunal français. En revanche, lorsque le défendeur est domicilié sur le territoire d'un État-membre, alors l'article 14 du Code civil est inapplicable.* En conclusion, le sens explicite de l'article 14 est très éloigné de son sens implicite qui lui vient de la jurisprudence de la Cour de cassation et du droit communautaire.

214. Le concept de « sens littéral » est bien connu des juristes. Il figure tel quel à l'article 1156 du Code civil relatif à l'interprétation des conventions. Celui-ci dispose que l'« *on doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes* » (nous soulignons). De plus, outre le fait que la notion de sens littéral fait manifestement partie du langage jurisprudentiel³⁷⁴, la méthode de l'« *interprétation littérale* » ou de l'« *interprétation grammaticale* » fait partie intégrante de l'arsenal interprétatif du juge³⁷⁵. À l'opposé du sens littéral, l'on rencontre aussi dans le vocabulaire des juristes la notion de sens « implicite »³⁷⁶. Ce sens est un sens contextuel, comme l'exemple de l'article 14 du Code civil a permis de

³⁷⁴ Pour une application, v. p. ex. Civ. 1^{ère}, 1^{er} juillet 1997, *Bull. civ. I*, n° 221.

³⁷⁵ En ce sens, v. p. ex. J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique, op. cit.*, p. 237 ; M.-A. FRISON-ROCHE, Art. 4, « Dénier de justice et interprétation de la loi par le juge », *art. préc.*, n° 56 ; G. CORNU, *Introduction, Les personnes, Les biens, op. cit.*, n° 389, p. 164, note n° 48.

³⁷⁶ En ce sens, v. p. ex. H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, note sous, Ch. réun., 13 février 1930, *Jand'heur, GACIV* N° 193, n° 6, p. 258 : « *C'est implicitement encore que les chambres réunies ont condamné la thèse selon laquelle [...]* » (nous soulignons) ; A. PERDRIAU, « Les dispositions implicites des jugements », *J.C.P.* 1988.I.3288 ; P. MAYER, V. HEUZÉ, *Droit international privé, op. cit.*, n° 84, p. 64. Les auteurs évoquent les « *dispositions expresses de loi* » ainsi que les « *règles implicites* » ; P. MIMIN, *Le style des jugements*, préface de P. BOUCHARDON, Paris, Librairies techniques, 4^{ème} éd., 1978 : l'auteur exprime l'idée de *principes implicites*, en écrivant que « *nous usons couramment de principes qu'on a jugé inutile de mettre dans les Codes* » (n° 113, p. 248), ou de « *motifs implicites* » du jugement (nous soulignons) (n°193, p. 379 et n° 200, p. 394) ; J. BORÉ, L. BORÉ, *La cassation en matière civile, op. cit.*, n° 62.124: Les auteurs relèvent les « *obligations légales sous-entendues* » que la Cour de cassation a insérées dans les contrats.

l'établir³⁷⁷. Il en va de même de « l'esprit de la loi » que l'on oppose traditionnellement à sa « lettre ».

B. – LA DISTINCTION ENTRE LA LETTRE ET L'ESPRIT DE LA LOI

215. Une petite remarque préliminaire ne sera peut-être pas sans intérêt. Nous avons vu que le sens des mots ne figure jamais dans le mot (signifiant) lui-même : les mots ne sont pas du sens, ils ont un sens. Le sens n'est pas une réalité matérielle perceptible par notre appareil sensoriel³⁷⁸. Il est d'ordre psychique. Par conséquent, même la lettre de la loi, c'est-à-dire son sens littéral, a son siège dans la tête de l'interprète, c'est-à-dire qu'elle se trouve dans son esprit.

216. Le couple « lettre/esprit » est, assurément, l'axe fondamental du raisonnement interprétatif. Mais même si les juristes s'en servent régulièrement pour fonder une interprétation au détriment d'une autre, bien rares sont les auteurs qui tentent de s'en expliquer. Qu'est-ce donc que l'« esprit » d'une loi par opposition à sa « lettre » ? Laissons la parole à MM. OST et VAN DE KERCKHOVE³⁷⁹ :

Lettre et esprit représentent en effet les pôles quasi obligés d'un débat millénaire qui se reproduit dans des termes étrangement identiques au travers des siècles. La jurisprudence romaine classique semble notamment avoir oscillé en permanence entre interprétation *ex verbis* et interprétation *ex sententia*, entre le respect de la formule légale et la recherche d'un sens utile.

Or que vise-t-on lorsqu'on évoque tantôt la lettre, tantôt l'esprit d'un texte juridique ? Rigoureusement parlant, la « lettre » renvoie à une signification littérale, une signification

³⁷⁷ En ce sens, v. C. KERBRAT-ORECCHIONI, *L'implicite, op. cit.*, p. 16 et 17. Cet auteur recense certains « indices responsables de l'émergence d'un contenu implicite » (p. 17). Ces indices sont de nature « cotextuelle », « contextuelle » et « para-textuelle » (p. 16). Le para-textuel comprend la mimo-gestuelle et les faits prosodiques (pauses, accents toniques). Cette dernière dimension, qui relève de l'oral, n'existe pas au niveau du droit écrit qui seul nous occupe dans notre thèse.

³⁷⁸ Sur ce point, v. *supra*, n° 150.

³⁷⁹ F. OST, M. VAN DE KERCKHOVE, *Entre la lettre et l'esprit, Les directives d'interprétation en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1989, p. 8.

qui privilégie les éléments d'interprétation sémantiques (et notamment les enseignements lexicologiques qu'attestent les dictionnaires) et les informations syntaxiques qui dérivent de l'application de la grammaire. À la limite, l'interprétation selon la lettre exclut la prise en compte de tout autre élément : *clara non sunt interpretanda*. En revanche, l'« esprit » renvoie à une signification dégagée d'éléments extérieurs aux mots mêmes du texte : volonté du législateur, but de la loi, cohérence et performance du système juridique, valeurs sociales généralement acceptées. À la limite, une telle interprétation se produira *praeter*, voire *contra legem*.

217. À notre sens, la dissociation entre la lettre et l'esprit de la loi correspond exactement à celle entre sens explicite et sens implicite. Sens explicite et sens littéral sont synonymes. L'un comme l'autre font référence à un sens conventionnel tel qu'il est décrit dans les dictionnaires et tel qu'il résulte de la combinaison des mots dans la phrase d'après les règles de la grammaire. À l'opposé, l'esprit de la loi résulte, nous dit-on, « d'éléments extérieurs aux mots du texte ». Ce sont ces éléments comme la volonté du législateur, le but de la loi, la cohérence du système juridique ou encore les valeurs sociales qui forgent l'esprit de la loi. Ces éléments, de nature contextuelle, font naître un sens différent du sens littéral qui résulte directement des mots employés dans la disposition. Par opposition, ils créent indirectement du sens. Ils créent un sens qui, s'il n'est pas explicite, est nécessairement implicite.

218. MM. OST et VAN DE KERCHOVE, tout en opposant la lettre et l'esprit de la loi comme « *l'archétype ou le paradigme de nombreux autres doublets qui partagent le raisonnement interprétatif* », nuancent considérablement leur propos³⁸⁰. Ils remarquent, entre autres, que « *l'élément ne saurait être pensé indépendamment du système et vice versa. Entre la compréhension de la partie et l'intelligence du tout s'instaure une relation dialectique de fécondation mutuelle* »³⁸¹. Ils ajoutent, en conséquence, que « *la lettre mène à l'esprit et l'esprit à la lettre ; quoique distinctes et irréductibles l'une à l'autre, les deux notions s'avèrent étroitement solidaires* »³⁸². De telles relativisations nous rappellent nos propres

³⁸⁰ *Ibid.* : ces couples sont « *l'opposition entre l'élément (le mot, la phrase, la loi) et le système (l'ordre juridique considéré globalement), ou encore l'opposition entre le sens historique (résultant du contexte historique d'énonciation de la loi) et le sens actuel (relatif au contexte actuel de son application) et l'opposition entre le sens subjectif (rapporté à la volonté de l'auteur du texte) et le sens objectif (dérivant de la portée immanente et rationnelle de la loi)* » (nous soulignons).

³⁸¹ *Ibid.*, p. 10.

³⁸² *Ibid.*

réflexions sur la notion de contexte. La lettre et l'esprit de la loi se trouvent, disent nos auteurs, dans un « rapport de fécondation mutuelle ». Or, à notre avis, le sens littéral, et donc la lettre de la loi, n'existent pas à l'état pur. Pour concevoir une telle possibilité, il faudrait imaginer l'hypothèse d'un *contexte zéro*. Mais, nous l'avons dit, l'absence totale de contexte n'est pas concevable. Au contraire, il faut déjà un certain contexte déterminé, pour pouvoir concevoir un sens littéral. À l'inverse, l'apparition d'un sens implicite, et donc de l'esprit de la loi, a besoin de mots qui ont un certain sens littéral, c'est-à-dire conventionnel. Bref, la lettre et l'esprit de la loi, paraissent en dernière analyse, comme les deux pôles extrêmes du raisonnement interprétatif, tout en n'existant pas à l'état pur. La différence entre les deux sens est de degré et non pas de nature. Passons maintenant à un autre aspect très important de la notion de signification.

§ III – LA DISTINCTION ENTRE LE SENS RÉFÉRENTIEL ET LA FORCE DES ÉNONCÉS

Nous étudierons successivement ces deux aspects de la notion de signification : le sens référentiel des énoncés (A) ainsi que leur force (B).

A. – LE SENS RÉFÉRENTIEL

219. Le langage, disions-nous, a une fonction organisatrice de la pensée et permet d'analyser nos expériences avec le réel. Certes, remarquons-nous, les catégories ou les significations instituées par le langage ne sont pas le reflet d'une réalité objective. Les différentes langues catégorisent différemment le réel. Les catégories ou significations du langage sont un produit de culture et d'histoire ; elles expriment notre vision du monde, notre expérience avec lui. Il ne reste pas moins vrai que les mots sont ancrés dans le réel à travers cette expérience. Les mots parlent du monde. Ils nous permettent de penser le réel³⁸³. Ce constat nous permet alors de comprendre que le sens des mots est une voie d'accès au réel,

³⁸³ En ce sens, v. Ch. BAYLON, X. MIGNOT, *Sémantique du langage*, *op. cit.*, n° 2.2., p. 54.

une « *façon de présenter le référent* » ou encore une « *voie d'accès aux référents* »³⁸⁴.

220. Lorsque nous avons rencontré le triangle sémiotique, nous distinguons entre le mot (signifiant), le sens (signifié) et les référents auxquels le mot est susceptible d'être appliqué³⁸⁵. Les référents auxquels l'on pense en premier lieu sont, bien évidemment, les personnes et les choses qui existent dans la réalité. Mais il faut bien reconnaître que l'on peut imaginer des « *référents fictifs* » et créer, avec des mots, un univers de discours³⁸⁶, comme quand on raconte un comte de fées³⁸⁷ ou que le professeur de droit imagine un cas pratique pour ses étudiants. De surcroît, en droit, la question de la référence va singulièrement se compliquer. Il serait, en effet, totalement simpliste de penser que les termes juridiques renvoient tous directement à la « réalité », à des personnes ou à des choses, fussent-elles imaginaires. Certes, il arrive à des termes contenus dans une règle de droit, de désigner immédiatement des êtres ou des objets qui existent dans la réalité, tel l'article 524 du Code civil qui qualifie « immeubles par destination » « *les ustensiles aratoires* », « *les pigeons des colombiers* » ou encore « *les lapins de garennes* ». Mais qu'en est-il de la référence du concept de « propriété », de « créance », de « contrat » ou d'« hypothèque » ? Cette question nous paraît excessivement difficile et dépasse largement les ambitions de notre travail. Qu'il nous suffise de remarquer que l'univers de référence du droit nous paraît extrêmement riche. Il est composé par tout ce qui peut faire l'objet d'une qualification juridique. Et, comme nous l'avons déjà indiqué, la qualification juridique est loin de ne porter que sur des faits³⁸⁸.

221. La notion de fait est d'ailleurs, elle aussi, hautement complexe. Lorsque le juge qualifie un fait, ce fait est déjà de nature conceptuelle puisqu'il est relaté par des mots figurant dans le dossier. La qualification par le juge ne porte donc pas sur des faits qu'il a lui-même observés, comme c'est le cas quand je qualifie un objet d'« arbre » cependant que je l'observe. Le fait juridique est déjà un mot, un concept. De plus, de nombreux concepts juridiques ne se réfèrent pas à des choses matérielles ou à des individus mais à des actions ou

³⁸⁴ *Ibid.*, n° 2.1., p. 34.

³⁸⁵ *Supra*, n° 158.

³⁸⁶ « *L'univers de référence d'un discours (également appelé univers du discours, ou ensemble de référence) est l'ensemble des objets sur lequel porte le discours : c'est, en première approche, l'ensemble des objets considérés par celui qui émet le discours* », M.-L. MATHIEU-IZORCHE, *Le raisonnement juridique, op. cit.*, p. 128.

³⁸⁷ En ce sens, v. Ch. BAYLON, X. MIGNOT, *Sémantique du langage, op. cit.*, n° 1.1., p. 30 et n° 2.3., p. 40.

³⁸⁸ V. *supra*, n° 165 et *infra*, n° 375 et s.

à des relations, bien que les choses ou les individus ne soient jamais bien loin. Le concept de « créance » traduit ainsi une relation entre un débiteur et un créancier, le concept de « propriété » une relation entre une personne et une chose. Le concept de « causalité » désigne une relation entre deux événements tandis que le concept de « novation » dénote plutôt une action au sens d'une opération juridique. En l'occurrence, cette opération a lieu notamment « lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette qui est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte » (a. 1271, 1° Code civil). Enfin, il faut relever aussi que certains concepts, tel celui de « bonnes mœurs », dénotent une valeur, voire un sentiment³⁸⁹. Quoiqu'il en soit de la nature exacte des référents de concepts juridiques, l'important pour nous est de montrer que le sens des mots en constitue la voie d'accès. Passons à la notion de force des énoncés.

B. – LA FORCE DES ÉNONCÉS

Le concept de « force des énoncés » s'explique par la théorie des actes de langages (a). Nous présenterons d'abord cette théorie avant de l'appliquer à l'analyse du droit (b).

a) La théorie des actes de langage

222. Le sens référentiel porte sur le rapport entre les mots (ou énoncés) et les

³⁸⁹ Un auteur, insiste sur la *fonction expressive* ou la *force émotionnelle* de certains mots tels ceux de « bien », de « religion » ou de « démocratie », R. ROBINSON, *Définition, op. cit.*, pp. 46-47 et 136-140. En extrapolant, nous pensons alors, par exemple, à la notion de « faute » ou d'« intérêt de l'enfant ». Quel est le référent d'une telle notion ? Certainement fait-elle référence à des faits matériels qui sont susceptibles de se produire ou qui se sont produits. Mais, ne faut-il pas lui ajouter un référent qui relèverait du sentiment. Peut-être que l'entrée du sentiment dans le droit fait dresser les cheveux sur la tête de certains juristes. Sauf que la question n'est pas tellement de savoir si le sentiment devrait avoir sa place en droit, mais s'il l'a déjà. L'univers de référence du droit est la vie humaine et les sentiments en font partie. Nous ne sommes pas en mathématiques lesquelles raisonnent sur des abstractions. L'univers de référence du droit paraît bien plus complexe, bien plus subtil. L'intérêt d'insister sur la force expressive de certains mots est bien évidemment que la prise en compte de cette force pourrait éventuellement améliorer la définition des mots dont les référents ne sont pas seulement matériels. L'autorité de CARBONNIER n'est pas là pour nous contredire : « *l'analyse technique nous aura ainsi amenés au contact d'un problème de philosophie, infiniment plus vaste : le rôle du sentiment en droit. Le droit étant humain et l'homme étant sensible non moins qu'intelligent, il serait humain, pas trop humain, que le cœur eût sa place dans le droit au même titre que la raison. Ce serait une nouvelle ligne de recherches à entamer : la logique du cœur* », « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in *Les notions à contenu variable en droit*, Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST (études publiées par), Bruxelles, Bruylant, Travaux du centre national de recherches de logique, 1984, pp. 111-112.

référents que ces mots sont susceptibles de désigner. Mais il est une autre façon d'aborder le sens en étudiant, non plus la relation entre les mots (ou énoncés) et les choses, mais entre les mots (ou énoncés) et leurs utilisateurs. Le langage n'est pas, en effet, seulement un moyen d'analyse ou de description de nos expériences avec le réel. Il est aussi un moyen d'action. Cette observation nous fait entrer dans le domaine de la *pragmatique* et plus spécialement dans celui de la théorie des *actes de langage*.

223. Il n'est pas aisé du tout de définir la pragmatique car, « *recherche en plein essor, la pragmatique n'est pas encore véritablement unifiée* »³⁹⁰. Une première définition en fut donnée par le philosophe Charles William MORRIS en 1938 qui disait précisément de la pragmatique qu'elle « *est cette partie de la sémiotique qui traite du rapport entre les signes et les usagers de signes* »³⁹¹. Il est clair que cette définition est très large parce qu'elle dépasse le domaine des signes linguistiques (ainsi p. ex. la fumée est le signe d'un feu) et le domaine de l'humain (p. ex. des cris d'oiseaux pour avertir d'un danger)³⁹². Il n'est pas moins clair que nous nous intéresserons uniquement aux rapports entre les signes linguistiques et leurs utilisateurs humains. Dans cette approche linguistique de la pragmatique, on peut dire alors que la « *la pragmatique étudie l'usage que les interlocuteurs font du langage en situation et s'attache tout particulièrement au langage en tant qu'il représente un moyen d'action entre les hommes. Elle identifie les multiples actes (appelés actes de langage, acte de parole ou encore actes illocutoires) qui ont pour théâtre la parole vivante* »³⁹³.

224. D'après la théorie des actes de langage, dont les plus célèbres représentants sont les philosophes AUSTIN³⁹⁴ et M. SEARLE³⁹⁵, « *dire quelque chose, c'est faire quelque chose* »³⁹⁶. On dit même que « *le langage est fondamentalement action et interaction : il sert*

³⁹⁰ F. ARMENGAUD, *La pragmatique, op. cit.*, p. 9.

³⁹¹ *Ibid.*, p. 5.

³⁹² *Ibid.*

³⁹³ V. NYCKEES, *La Sémantique, op. cit.*, p. 250.

³⁹⁴ J. L. AUSTIN, *Quand dire, c'est faire*, titre original, *How to do things with words* [1962], introduction, traduction et commentaire par G. LANE, postface de F. RÉCANATI, Paris, Éditions du Seuil, col. Essais, Points, 1^{ère} édition française 1970, réimpr. 2002.

³⁹⁵ J. R. SEARLE est l'auteur de *Les actes de discours*, titre original, *Speech acts* [1969], traduction par H. PAUCHARD, Paris, Herman, 1972 et de *Sens et expression*, titre original, *Expression and meaning* [1979], traduction J. PROUST, éd. Minuit, 1982.

³⁹⁶ J. L. AUSTIN, *Quand dire, c'est faire, op.cit.*, n° 94, p. 109.

constamment à accomplir des actes de toute nature »³⁹⁷ ou encore que « dans le langage [...] tout est acte »³⁹⁸. Cela dit, voyons avec AUSTIN combien de sens on peut attribuer à l'expression selon laquelle « dire quelque chose, c'est faire quelque chose ».

225. L'illustre Professeur d'Oxford³⁹⁹ avait observé que, dans un premier ensemble de sens, « dire quelque chose » consiste en la production « *de sons, de mots entrant dans une construction, et douée d'une signification. Entendez signification [meaning] comme le souhaitent les philosophes, c'est-à-dire : sens et référence* »⁴⁰⁰. En d'autres termes, dire quelque chose consiste à produire certains sons (« acte phonétique »), à produire des mots appartenant à un certain vocabulaire et conformément à une certaine grammaire (« acte phatique ») et à produire des mots doués de signification, c'est-à-dire doués d'un sens et d'une référence (« acte rhétique »)⁴⁰¹. AUSTIN baptise cet acte *de* dire quelque chose, pris dans la globalité de ces sens, du nom d'« *acte locutoire* »⁴⁰². Maintenant, nous explique notre auteur, tout va dépendre de *comment* nous allons utiliser la locution. Il existe, en effet, une très grande différence entre l'utilisation d'une *même* locution soit comme conseil, soit comme ordre, soit comme promesse, soit comme description etc.⁴⁰³. En ce deuxième sens, « dire quelque chose » consiste à exécuter un acte *en* parlant, qu'AUSTIN appelle « *acte illocutoire* »⁴⁰⁴ - le préfixe *il-* signifiant « en ». Cet acte illocutoire qui accompagne toujours tout acte locutoire, confère aux locutions un certain « *relief* »⁴⁰⁵, appelé « *force* » par le philosophe britannique et traduit en français par le terme « *valeur* »⁴⁰⁶. Ainsi, par exemple,

³⁹⁷ V. NYCKEES, *La Sémantique, op. cit.*, p. 250.

³⁹⁸ Ch. BAYLON, X. MIGNOT, *Sémantique du langage, op. cit.*, n° 3.1., p. 60.

³⁹⁹ John Langshaw Austin était professeur de philosophie morale à Oxford. Il est mort en 1960 à l'âge de quarante-huit ans.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, *op.cit.*, n° 94, p. 109. Le terme signification est ici utilisé dans un sens différent de celui dans lequel nous l'avons employé, à savoir comme synonyme de sens et non pas de référence.

⁴⁰¹ *Ibid.*, n° 92-93, p. 108. *Adde*, Ch. BAYLON, X. MIGNOT, *Sémantique du langage, op. cit.*, n° 3.2., p. 61.

⁴⁰² *Ibid.*, n° 95, p. 109.

⁴⁰³ En ce sens, v. *ibid.*, n° 99, pp. 112-113.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, n° 98-99, pp. 112-113.

⁴⁰⁵ Le terme est emprunté à P. AMSELEK, « Le locutoire et l'illocutoire dans les énonciations relatives aux normes juridiques », *Revue de métaphysique et morale*, 1990, p. 387.

⁴⁰⁶ En ce sens, v. G. LANE, « notes du traducteur », in *Quand dire, c'est faire, op.cit.*, n° 32, p. 175.

une phrase comme « Fermez la porte » peut avoir tout aussi bien la force d'un *ordre*, « Fermez la porte, je vous l'ordonne », que la force d'un *conseil*, « Fermez cette porte, je vous le conseille », que la force d'une *permission*, « Fermez cette porte, je vous le permets »⁴⁰⁷. Enfin, dit notre auteur, « *dire quelque chose* » provoquera très souvent « *certaines effets sur les sentiments, les pensées, les actes de l'auditoire, ou de celui qui parle, ou d'autres personnes encore. Et l'on peut parler dans le dessein, l'intention, ou le propos de susciter ces effets* ». Ainsi, l'ordre intimé par un père à son fils de fermer la porte peut avoir pour conséquence qu'il la ferme effectivement (conséquence intentionnelle) ou, au contraire, un refus d'exécuter suivi d'une dispute (conséquence non intentionnelle). Bref, notre dire peut produire tout aussi bien des conséquences intentionnelles, car l'on peut assigner des objectifs à nos paroles, que des conséquences non voulues. En ce troisième sens, l'acte de dire quelque chose est baptisé « *acte perlocutoire* »⁴⁰⁸. AUSTIN entend par là que c'est un acte qui s'effectue *par* le fait de dire quelque chose - le préfixe *per-* signifiant « par », « au moyen de ». En conclusion, « dire quelque chose » c'est donc effectuer simultanément trois sortes d'actes : des actes locutoires, des actes illocutoires et des actes perlocutoires.

226. Nous avons présenté succinctement la théorie des actes de langage parce qu'elle permet de mettre en évidence un aspect de la signification que l'on a tendance à ne pas remarquer : l'élément illocutoire⁴⁰⁹. Qu'il nous suffise de remarquer, pour établir que l'illocutoire fait partie de la notion des sens, que si je prends l'énoncé « Ferme la porte » pour une simple invitation alors qu'il s'agit, en fait, d'un ordre, je n'aurais pas compris (entièrement) le sens de cet énoncé⁴¹⁰. Il faut bien reconnaître que « *le locuteur ne s'est pas fait comprendre si son interlocuteur n'a pas saisi quel était l'acte illocutoire accompli [...]. [Or] [p]our nous, sera appelé sens ce qui est destiné à être compris* »⁴¹¹. Nous appelons « force » cet aspect de la signification des énoncés par opposition à leur sens référentiel⁴¹².

⁴⁰⁷ En ce sens, v. *ibid.*, n° 74, p. 94.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, n° 101-102, pp. 114-115.

⁴⁰⁹ En ce sens, v. *ibid.*, n° 103, p. 115. AUSTIN écrit de l'élément illocutoire que l'« *on a constamment tendance en philosophie à l'escamoter au profit des deux autres [l'élément locutoire et l'élément perlocutoire]* ».

⁴¹⁰ En ce sens, v. *ibid.*, n° 116, p. 124 : « *l'exécution d'un acte illocutoire inclut donc l'assurance d'être bien compris* ».

⁴¹¹ Ch. BAYLON, X. MIGNOT, *Sémantique du langage*, *op. cit.*, n° 3.1., p. 62.

⁴¹² Le sens référentiel est englobé dans l'élément locutoire. L'acte locutoire consiste, en effet, entre autres, à produire des énoncés doués de sens et de référence. Sur ce point, v. *supra*, n° 225.

227. Avant de passer à des applications juridiques, trois précisions nous paraissent utiles quant à la notion de force des énoncés. La démonstration qui précède a d'abord permis de mettre en évidence « *l'incomplétude du locutoire* »⁴¹³. Et de fait, le seul contenu d'un énoncé, sa teneur ou son sens référentiel, ne permettent pas de connaître avec exactitude ce qu'un énonceur a voulu dire. Bref, la signification d'une phrase déborde le sens résultant de la combinaison des mots qui la constituent, ce qui est un constat que nous avons déjà fait au sujet de la notion de sens implicite. À notre avis, d'ailleurs, la force de l'énoncé n'en constitue, du moins en principe, qu'une autre manifestation⁴¹⁴. Une chose, en tous cas, est certaine. C'est que la teneur d'un énoncé n'est qu'une partie de notre dire⁴¹⁵.

228. En second lieu, comme le rappelle M. AMSELEK, le grand mérite de la théorie des actes de langage est d'avoir démontré que « *tous nos actes de parole, tous nos dires, sont en principe finalisés : nous parlons pour* »⁴¹⁶. Nous parlons *pour* conseiller, *pour* condamner, *pour* ordonner, *pour* inviter, *pour* saluer, *pour* remercier, *pour* promettre, *pour* décrire, *pour* informer, *pour* argumenter, ... *pour* édicter des règles de droit. Or, ce sont nos *intentions* qui assignent à nos dires une certaine force, c'est-à-dire une certaine « *fonction* »⁴¹⁷. Ce sont elles qui transforment les mots dont nous nous servons en « *instruments* » ou en « *outils* » au service d'un but⁴¹⁸. Bref, nos paroles sont « *placées sous le signe de l'utilité* »⁴¹⁹.

229. Enfin, l'intention du locuteur qui constitue la force de l'énoncé est extérieure à l'énoncé lui-même. La finalité de notre dire « *est quelque chose de tout à fait extérieur* » à

⁴¹³ P. AMSELEK, « Le locutoire et l'illocutoire dans les énonciations relatives aux normes juridiques », *art. préc.*, p. 388.

⁴¹⁴ Il est, en effet, possible d'explicitier la force d'un énoncé, cf. *infra*, n° 229.

⁴¹⁵ En ce sens, v. *ibid.*, pp. 386-387 : « *l'énoncé n'est qu'un élément d'un acte humain social accompli dans un certain contexte historique intersubjectif. Cet acte comme tous les autres actes humains comporte, par-delà les paroles énoncées (ce qu'Austin appelle le locutoire, - ce que dit le locuteur), des éléments intentionnels plus ou moins implicites par lesquels le locuteur a entendu assigner, dans le contexte où il se trouvait placé, une certaine fonction conventionnelle à ses paroles (ce qu'Austin appelle l'illocutoire, ce que le locuteur veut faire, le type d'acte qu'il veut accomplir en parlant, à travers ses paroles)* ».

⁴¹⁶ P. AMSELEK, « Philosophie du droit et théorie des actes de langage », in *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, P. AMSELEK (volume publié sous la dir. de), Paris, PUF, 1986, pp. 131-132.

⁴¹⁷ *Ibid.*, p. 132.

⁴¹⁸ *Ibid.*

⁴¹⁹ *Ibid.*

notre dire⁴²⁰. Or, cette intention, cette fonction que nous attribuons aux mots et à leur sens, relève du contexte d'énonciation de l'énoncé⁴²¹. Cela dit, s'il est vrai que la force de l'énoncé, sa fonction, c'est-à-dire l'intention qui l'anime, est extérieure à l'énoncé lui-même, il n'est pas contestable pour autant que je puis l'explicitier. Ainsi, au lieu de dire « Ferme cette porte », je puis dire aussi, « Ferme cette porte, je te l'ordonne ou je te le conseille ». Mais il ne reste pas moins vrai que cette explicitation de la force de l'énoncé n'est pas elle-même cette force. Ce n'est pas parce que quelqu'un dit « je t'ordonne... » qu'il ordonne effectivement. L'énonciation, au lieu d'accomplir un acte de commandement, peut accomplir tout aussi bien un acte de description⁴²² : « Le patron a dit à sa secrétaire, “Je t'ordonne de fermer la porte” », c'est-à-dire qu'il est décrit ce que le patron a dit. En bref, la force d'un énoncé résulte toujours de son contexte d'énonciation.

230. Nous retrouvons ici la notion tout à fait floue de contexte⁴²³ et nous avouons qu'il nous est très difficile de déterminer tous les éléments contextuels pertinents au regard de la notion de force des énoncés. Intuitivement, deux éléments nous paraissent particulièrement importants : un élément intentionnel, comme le remarque Monsieur AMSELEK, et un élément institutionnel. Pour faire du droit, pour édicter normes, l'énonceur doit être dépositaire d'une certaine autorité institutionnelle. En effet, l'organisation criminelle qui ordonne de punir par la peine capitale tous les déserteurs, n'édicte pas pour autant une règle de droit, eût-elle l'intention de le faire. Inversement, tout ce qu'énonce une autorité compétente pour faire du droit, n'est pas du droit. Le législateur qui, dans le préambule d'une loi, justifie sa politique ou décrit sa philosophie, n'édicte pas pour autant des prescriptions. Il n'en a pas l'intention.

Mais, il faut développer cette application au droit du concept de force des énoncés.

b) L'application au droit du concept de force des énoncés

231. Il résulte des observations qui précèdent des conséquences de la plus haute

⁴²⁰ P. AMSELEK, « Le locutoire et l'illocutoire dans les énonciations relatives aux normes juridiques », *art. préc.*, p. 389.

⁴²¹ En ce sens, v. *ibid.*, pp. 387 et 397.

⁴²² En ce sens, v. *ibid.*, p. 390.

⁴²³ Sur ce point, v. *supra*, n° 200.

importance pour l'analyse du droit. *Un même énoncé peut, en effet, être ou ne pas être une règle de droit.* Tout dépend de sa force laquelle dépend du contexte de son énonciation. Soit par exemple la phrase « chacun a droit au respect de sa vie privée ». Si cette phrase est dite par quelqu'un dans son cercle d'amis puisqu'il entend faire cesser les sollicitations de ses amis qui souhaiteraient qu'il fasse quelques révélations sulfureuses sur sa vie privée, il est certain que notre locuteur n'édicte pas une règle de droit, ni même simplement une règle. Il prononce cet énoncé *pour inviter* ces amis à le laisser tranquille. Il n'a nullement l'intention, ni la compétence d'édicter une règle juridique. Il en va de même du professeur de droit qui dit, lors de son cours sur les droits de la personnalité, que « chacun a droit au respect de la vie privée ». Il n'a pas non plus l'intention et la compétence pour édicter une règle de droit. Il parle *pour décrire* le droit positif. En définitive, l'énoncé « chacun a droit au respect de sa vie privée » ne saurait devenir une règle de droit qu'à condition que ce soit un législateur qui l'énonce. Dans ces circonstances, le législateur parle *pour édicter* une règle de droit.

232. Un même énoncé peut donc être ou non une règle de droit ! Tout dépend toujours de son contexte d'énonciation. Cette conséquence nous paraît absolument remarquable parce qu'elle suggère que la juridicité d'un énoncé ne se situe jamais au niveau de l'énoncé lui-même⁴²⁴. Il faut, au contraire, aller la chercher dans le contexte de son énonciation. M. AMSELEK a donc raison de dénoncer la « *vanité des démarches réductionnistes couramment pratiquées par les philosophes du droit et qui consistent à situer les éléments illocutoires des actes d'édiction du droit [c'est-à-dire selon notre terminologie la « force » de l'énoncé] au plan des énoncés eux-mêmes* »⁴²⁵. En d'autres termes, le contenu de l'énoncé, son sens référentiel, n'est pas de nature à nous informer sur le caractère juridique d'un énoncé. Aussi, la phrase « les automobilistes doivent garer leur véhicule à l'extérieur des agglomérations » n'est-elle certainement pas une règle de droit lorsqu'elle est proférée par un écologiste, mais un vœu pieux. Mais au-delà de cet intérêt théorique de la notion de force de l'énoncé, celle-ci éclaire aussi, à bien des égards, des exemples très concrets de problèmes d'interprétation du droit⁴²⁶. Or, ces problèmes en suggérant des solutions possibles, feront

⁴²⁴ En ce sens, v. les développements de M. AMSELEK dans son article « Le locutoire et l'illocutoire dans les énonciations relatives aux normes juridiques » (*art. préc.*, pp. 391 et s., *spéc.* p. 396 : « *la juridicité, comme la normativité elle-même, ne se situe pas au plan du locutoire juridique* »). *Adde*, du même auteur, « Philosophie du droit et théorie des actes de langage », *art. préc.*, pp. 113 et s.

⁴²⁵ P. AMSELEK, « Philosophie du droit et théorie des actes de langage », *art. préc.*, p. 112.

⁴²⁶ Ici encore, nous ne prétendons pas être complet, loin de là. Ce qui nous importe est avant tout de trouver des exemples d'*interprétations de règles de droit* où la notion de force est en jeu. Mais, la théorie des actes de

naître des hypothèses juridiques.

233. Il est, en effet, arrivé à des magistrats de transformer en règles de droit des énoncés qui auparavant ne furent pas considérés comme tels. Le plus célèbre exemple en est certainement le destin qu'a connu l'article 1384, alinéa 1, du Code civil. Le bout de phrase « *on est responsable [...] du dommage que l'on cause par [...] le fait [...] des choses que l'on a sous sa garde* » avait suscité deux interprétations possibles. Une interprétation traditionnelle qui consistait à considérer cette phrase comme une simple annonce des dispositions qui suivaient ou, au contraire, une règle juridique autonome énonçant un principe général de responsabilité du fait des choses. La Cour de cassation opta finalement, toutes chambres réunies, pour la consécration d'un principe nouveau de responsabilité dans son fameux arrêt *Jand'heur* du et dont nous rendrons longuement compte tout au long de cette thèse sous la dénomination de « l'histoire de la fille accidentée »⁴²⁷.

234. En l'espèce, un camion conduit par un chauffeur de la société défenderesse avait renversé la jeune Lise *Jand'heur* qui avait été grièvement blessée. La mère de la mineure engagea alors une action en réparation du dommage à l'encontre de la société défenderesse notamment sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1, du Code civil. Or, si cette affaire soulevait de nombreux problèmes de droit, le principal était, assurément de savoir, si oui ou non le bout de phrase précité constituait une règle de droit. Deux hypothèses juridiques étaient en conséquence envisageables :

- *l'article 1384, alinéa 1, du Code civil énonce un principe général de responsabilité du fait des choses dont on a la garde (l'hypothèse de la juridicité) ;*
- *l'article 1384, alinéa 1, du Code civil n'énonce pas un principe général de responsabilité du fait des choses dont on a la garde (l'hypothèse de la disposition d'annonce).*

235. On peut dire que l'espèce soulevait incontestablement un problème de *force juridique* de l'énoncé, puisqu'il s'agissait de répondre à la question de savoir si oui ou non

langage joue un rôle beaucoup plus vaste dans l'analyse du droit. Il y a des actes de langage et donc les actes illocutoires dans tous les domaines où le langage est utilisé.

⁴²⁷ Ch. réunies, 13 février 1930, *Jand'heur*, DP 1930.I.57, rapp. LE MARC'HADOUR, concl. MATTER, note Ripert ; GACIV N° 193.

l'énoncé était un énoncé de règle juridique ou non⁴²⁸. Ce n'est qu'en deuxième partie de thèse que nous nous intéresserons à la mise à l'épreuve de telles hypothèses juridiques. Pour l'instant, nous nous appliquerons simplement à montrer l'utilité du concept de force des énoncés comme instrument d'analyse du droit.

236. À l'inverse de ce qui précède, il est également arrivé à la Cour de cassation de refuser de reconnaître le caractère de règle obligatoire à certains énoncés figurant dans une loi. Il en va ainsi, par exemple, des directives d'interprétation des conventions figurant aux articles 1156 et suivants du Code civil. Dans un très vieil arrêt du 18 mars 1807, la Cour de cassation déclarait ainsi que « *les dispositions des articles 1156 et suivants sont plutôt des conseils donnés eux juges, en matière d'interprétation des contrats, que des règles rigoureuses et impératives, dont les circonstances même les plus fortes, ne les autoriseraient pas à s'écarter* »⁴²⁹ (nous soulignons). En déniait le caractère impératif, voire même supplétif, aux articles 1156 à 1164 du Code civil, la Cour de cassation a tranché un problème de sens de ces énoncés⁴³⁰. Plus précisément, elle a tranché un problème tenant à leur force.

237. L'action d'un interprète sur la force d'un énoncé pour lui reconnaître, voire lui soustraire, sa juridicité manifeste sans doute avec le plus d'éclat le *pouvoir politique* de l'interprète et donc du juge, tout simplement, parce que, dans ce cas, l'interprétation, sans rien changer au sens (référentiel) de l'énoncé, aboutit à créer ou à abroger une règle de droit. Ce pouvoir, faut-il l'ajouter, est d'autant plus fort que le législateur historique n'est plus là pour manifester son intention⁴³¹. De plus, cette intention peut être douteuse, qu'elle soit inconnue,

⁴²⁸ Un problème de force particulièrement éclatant a été tranché par le Conseil constitutionnel dans une décision très importante du 16 juillet 1971, connue sous le nom « liberté d'association » (GDCC, N° 18). Dans cette décision, le Conseil constitutionnel a reconnu « *clairement et définitivement, [...], la "valeur positive et constitutionnelle" du Préambule de la Constitution et des textes auxquels il renvoie* » (L. FAVOUREU, L. PHILIP, note sous, *déc. préc.*, n° 28, p. 255). En d'autres termes, cette décision reconnaît une force juridique au préambule de la Constitution du 4 octobre 1958. Or, ce préambule renvoie au préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et à la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789. De plus, le préambule de 1946 renvoie aux « *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* ». Tous ces éléments ont ainsi été inclus dans le bloc de constitutionnalité, sans que rien ne changeât au niveau même des énoncés. Le juge constitutionnel leur a simplement reconnu une force juridique qu'ils ne possédaient pas auparavant.

⁴²⁹ Req., 18 mars 1807, S. 1807.1.361.

⁴³⁰ Une règle est impérative en ce sens que le justiciable ne saurait l'écarter (en ce sens, v. p. ex., F. TERRÉ, *Introduction générale au droit, op. cit.*, n° 493, p. 401). Elle est supplétive, lorsqu'elle ne s'applique qu'à défaut de ne pas être écartée par les parties dans leur convention. Dans ce cas, elle supplée au silence des parties contractantes (*ibid.*, n° 492, p. 400).

⁴³¹ En ce sens, v. Ch. PERELMAN, « L'interprétation juridique », *A.P.D.*, t. 17, 1972.31 : « *le recours à la volonté du législateur, normalement sans pouvoir au moment où la loi est appliquée, n'est bien souvent qu'une fiction commode, car le législateur que l'on invoque ne peut plus se manifester* ».

volontairement indéterminée ou démodée. Il appartient alors à l'interprète de restituer après-coup une intention au texte, fût-elle conforme ou non à l'intention originelle – et l'on se souvient de ce que les rédacteurs du Code civil de 1804 n'avaient visiblement pas conçu l'article 1384, alinéa 1, comme une règle de droit. Cela dit, ainsi que nous l'avons déjà souligné, les significations sont conventionnelles y compris la force des énoncés⁴³². Changer cette force c'est violer une convention linguistique. Une telle rupture de sens doit alors être justifiée.

238. Voici maintenant une autre application où la notion de force a un puissant pouvoir explicatif. Si par hypothèse, nous admettons que nous sommes bien en présence d'une règle de droit, le problème de la détermination de la force de cet énoncé peut encore se présenter d'une autre manière. De fait, bien des règles de droit s'expriment à l'indicatif du présent⁴³³. Certes, comme le rappelle M. CORNU, « *l'indicatif vaut impératif* »⁴³⁴. Cependant, il nous semble qu'il faille nuancer cette position de principe. L'indicatif présent peut aussi exprimer une simple faculté et non nécessairement une obligation. En voici un exemple. Lorsque l'article 12, alinéa 1, du Nouveau code de procédure civile dispose que « *le juge tranche le litige conformément à la règle de droit qui lui est applicable* », deux interprétations peuvent être retenues de l'indicatif du présent. Pour les comprendre, il faut envisager le cas où la demande de l'une ou de l'autre partie au procès ne peut prospérer sur le fondement de la règle de droit par elle invoquée. Imaginons une partie réclamant réparation d'un préjudice sur le fondement de l'article 1382 du Code civil alors qu'elle n'arrive pas établir la faute du défendeur. Est-ce que le juge *peut* ou *doit* alors rechercher si la demande ne pourrait prospérer sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1 ? Sans entrer dans le détail extrêmement complexe de la jurisprudence relative à l'office du juge, remarquons que le problème d'interprétation du « peut » et du « doit » est un problème de force de l'énoncé. On a pu remarquer à ce sujet que « *la distinction est ici diabolique entre le "peut" et le "doit"* »⁴³⁵ ou encore que « *tantôt faculté, tantôt obligation, c'est en ces termes que se*

⁴³² Sur ce point, v. *supra*, n° 167 et s.

⁴³³ V. en ce sens, J. RAY, *Essai sur la structure logique du code civil français*, *op. cit.*, p. 41 et s. ; G. CORNU, *Linguistique juridique*, *op. cit.*, n° 67, p. 267 et s.

⁴³⁴ G. CORNU, *Linguistique juridique*, *op. cit.*, n° 67, p. 268 (en gras dans le texte).

⁴³⁵ Ph. BLONDEL, « Le juge et le droit », in *Le nouveau Code procédure civile : vingt ans après*, Paris, La documentation française, Actes du colloque des 11 et 12 décembre 1997 organisé par la Cour de cassation, 1998, p. 127.

présente le pouvoir dont est investi le juge de relever d'office des moyens de droit »⁴³⁶. Nous appellerons cet aspect de la force, la « force modale » de l'énoncé.

239. Il existe une troisième application juridique de la notion de force de l'énoncé. Il est en effet classique d'enseigner que la loi⁴³⁷ a une *force obligatoire*⁴³⁸. Cela veut dire que la loi s'impose à tous ceux qu'elle vise. Mais l'intensité de cette force obligatoire peut varier. Il convient de distinguer, en effet, entre dispositions impératives et dispositions supplétives ou interprétatives⁴³⁹. Les dispositions impératives sont celles qui ne peuvent être écartées par la volonté individuelle. Ainsi, par exemple, l'article 215, alinéa 3, du Code civil dispose que « *les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, ni des meubles meublants dont il est garni* ». Il résulte de ce texte qu'un époux ne peut, par exemple, vendre le logement familial sans le consentement de l'autre, même s'il en est le propriétaire exclusif. En conséquence, l'époux qui n'a pas donné son consentement pourra demander l'annulation de la vente. Cette disposition qui relève du régime matrimonial de base est d'ordre public, c'est-à-dire qu'elle est impérative (voir art. 226 et art. 1388 du Code civil). Les dispositions supplétives de volonté s'imposent également aux individus, mais à condition qu'ils ne les aient pas écartées par l'effet de leur volonté. Ainsi, le législateur impose aux époux le régime matrimonial de la communauté légale lorsqu'ils n'ont pas choisi avant le mariage, par contrat et devant notaire, un autre régime matrimonial (art. 1400 Code civil). Dans les exemples qui viennent d'être donnés, c'est la loi elle-même qui précise si la disposition est impérative ou supplétive. Mais très souvent, les textes restent silencieux sur cette propriété de la règle de droit, et il appartient alors au juge de trancher la question⁴⁴⁰. On le voit, ici la notion de force de l'énoncé a trait à la force

⁴³⁶ J. NORMAND, « Principes directeurs du procès », *Juris-class. proc. civ.*, fasc. 152, n° 175, p. 15.

⁴³⁷ Nous entendons le terme loi dans un sens large, c'est-à-dire au sens de règle de droit, et non dans un sens restrictif, c'est-à-dire au sens d'acte émanant du pouvoir législatif.

⁴³⁸ Sur ce point, v. G. CORNU, *Introduction, les personnes, les biens, op. cit.*, n° 326 et s., pp. 147 et s. ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, op. cit.*, n° 126, pp. 224 et s.

⁴³⁹ En ce sens, v. F. TERRÉ, *Introduction générale au droit, op. cit.*, n° 491 et s., pp. 400 et s..

⁴⁴⁰ Ainsi, les règles relatives à la preuve ne sont pas ordre public (Soc., 19 juin 1947, *Gaz. Pal.* 1947.2.84). Il peut aussi arriver qu'un texte traditionnellement considéré comme d'ordre public soit transformé en un texte supplétif. Il en va ainsi de l'article 2244 du Code civil qui énonce trois causes d'interruption de la prescription : « la citation en justice, même en référé », le « commandement » de payer par acte d'huissier ou une « saisie » même seulement conservatoire (sur ce point, v. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.* n° 1499, p. 1408). Un arrêt récent (Civ. 1^{ère}, 25 juin 2002, *D.* 2003.155, note Ph. STOFFEL-MUNCK) a décidé que « *les dispositions de l'article 2224 du code civil ne sont pas d'ordre public et que les parties peuvent y déroger* ». L'annotateur concède qu'une loi de 1930 sur les assurances avait mis fin à certaines hésitations jurisprudentielles dans le domaine spécifique des assurances, mais que par la suite « *le*

obligatoire des règles juridiques. Précisons encore, qu'il s'agit ici de la *force obligatoire interne* des règles de droit. Celle-ci s'oppose à la *force obligatoire internationale* des règles de droit internes françaises. Ce sera notre dernier exemple d'application de la notion de force des énoncés.

240. Il sera question ici de droit international privé et plus précisément de *lois de police*. En principe, dans un litige opposant des personnes privées impliquées dans des relations internationales, la loi applicable à ce litige est déterminée par une règle de conflit de lois. Ainsi par exemple, les effets du mariage sont régis par la loi nationale commune des époux, si tant est qu'ils aient la même nationalité. Cette solution résulte de l'article 3, alinéa 3, du Code civil. Imaginons alors l'exemple suivant. Deux époux de même nationalité étrangère résident en France. Le mari y a acquis un immeuble où il loge sa famille. Suite à une crise du couple, le mari vend cet immeuble. Nous avons déjà vu que l'article 215, alinéa 3, du Code civil interdit à l'un des époux de disposer du logement familial sans le consentement de l'autre. Imaginons ensuite, que l'épouse saisisse le juge français pour faire annuler la vente litigieuse. Or, la première chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 22 octobre 1985, avait décidé que les règles du régime matrimonial primaire relevaient de la loi des effets du mariage⁴⁴¹. En d'autres termes, la question de la nullité de la vente serait soumise, d'après cette jurisprudence, à une loi étrangère, celle de la nationalité commune. Le juge français devrait donc refuser l'annulation de la vente du logement familial par le mari si la loi étrangère permettait une telle vente. Pour obtenir la nullité de cette vente malgré la désignation de la loi étrangère par la règle française de conflit de lois, il faudrait interpréter l'article 215, alinéa 3, comme une loi de police. Remarquons pour être brefs, que les lois de police se définissent d'après FRANCESCakis comme « *les lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays* »⁴⁴². Quel que soit le mérite de cette définition, il convient d'insister sur le fait que les lois de police françaises doivent être appliquées à un litige international bien que la règle de conflit de lois désigne une loi étrangère. Dans notre exemple, il convient dès lors de répondre à la question de savoir si l'article 215, alinéa 3, du Code civil peut être classé dans la

caractère d'ordre public de l'article 2244 du code civil ne fut plus discuté et le contentieux, qui était resté très spécifique, se tarit » (n° 2, p. 156).

⁴⁴¹ J.D.I. 1986.1005, note G. WIEDERKEHR.

⁴⁴² P. MAYER, V. HEUZÉ, *Droit international privé*, op. cit., n° 121 et s., p. 88; D. GUTMANN, *Droit international privé*, Paris, Dalloz, coll. Cours, 5^{ème} éd., 2007, n° 52, pp. 54 et s.

catégorie des lois de police. Or, l'article 215, alinéa 3, comme la plupart des autres règles de droit interne, n'indique pas son caractère de loi de police. Le problème d'interprétation qui se pose ici est encore une fois un problème de force de l'énoncé. L'article 215 al. 3 a-t-il ou non une force obligatoire internationale ? La Cour de cassation y a répondu par l'affirmative en qualifiant toutes les règles du régime matrimonial de base de lois de police⁴⁴³. En bonne logique, l'épouse pourra bénéficier de l'interdiction de l'article 215 al. 3 et faire annuler la vente.

241. Résumons. Il existe à notre sens quatre applications de la notion de force de l'énoncé⁴⁴⁴. Il s'agit de la *force juridique* (l'énoncé est-il une règle de droit ou non ?), de la *force modale* (la règle de droit énonce-t-elle une faculté ou une obligation ?), la *force interne* (la règle est-elle impérative ou supplétive ?) et la *force internationale* (la règle est-elle internationalement impérative ou non ?). Tous ces aspects sont autant d'aspects de la signification et peuvent à ce titre représenter des buts à rechercher par une interprétation. Mais ces mêmes aspects peuvent également faire l'objet d'une intention du législateur qui s'avère être, rien que sous cet angle, une notion hautement complexe. Nous regrouperons toutes ces facettes de l'intention du législateur sous le concept d'*intention force*.

D'autres éléments importants nous manquent encore dans notre description de la notion de sens.

§ IV. – LA DISTINCTION ENTRE SENS-SIGNIFICATION ET SENS-DIRECTION

242. Le sens-signification inclut le sens référentiel et la force des énoncés. Ces deux aspects du sens diffèrent d'un autre type de sens que nous appelons le « sens-direction ». Nous empruntons cette expression à Henri BATIFFOL⁴⁴⁵. Mais cet emprunt restera d'ordre purement terminologique. L'expression, telle qu'elle est utilisée par l'éminent auteur, nous

⁴⁴³ Civ. 1^{ère}, 20 octobre 1987, *J.D.I.* 1988.446, note A. HUET, *Rev. Crit.* 1988.540, note Y. LEQUETTE.

⁴⁴⁴ Ce qui ne veut nullement dire qu'il n'y en a pas d'autres.

⁴⁴⁵ H. BATIFFOL, « Questions de l'interprétation juridique », *A.P.D.*, t. 17, 1972.18.

paraît trop vague. À vrai dire, elle ne nous paraît pas opérationnelle⁴⁴⁶. Notre concept de sens-direction s'appuie sur le fait que le mot « sens » est un mot polysémique. Il est notamment synonyme du mot signification, c'est-à-dire de ce dont il a été question jusqu'à présent. Mais en plus, le mot sens veut dire orientation ou direction. Or, toute règle de droit est orientée vers un but, elle poursuit une finalité⁴⁴⁷.

243. Il nous semble que le but de la règle ne se confond pas avec sa signification. Certes, et nous aurons l'occasion de le démontrer quand nous parlerons de l'interprétation téléologique, il existe une interaction très forte entre la signification d'un mot ou d'une règle et le but qu'elle poursuit⁴⁴⁸. Mais, à y regarder de près, la signification n'est qu'un moyen au service d'un but. La signification d'une règle est au service de la finalité de la règle. Imaginons par exemple qu'une règle inscrite sur les murs d'une gare dispose « interdiction de fumer ». Disons ensuite que la finalité de cette règle est d'améliorer la santé publique et d'assurer la propreté des lieux publics. Tous les voyageurs comprendront le sens référentiel de cet énoncé. L'interdiction porte sur le fait de fumer des cigarettes, des cigares ou encore la pipe. Il est fort à parier que nos voyageurs comprendront aussi la force de cet énoncé, qu'ils savent que c'est une interdiction édictée par le législateur et non un simple conseil ou une simple invitation. On le voit, la signification de l'énoncé (sens référentiel et force) est ici au service d'une finalité (assurer la propreté des lieux publics et la santé publique). Pour réaliser le but poursuivi par la disposition, il faut d'abord que sa signification soit comprise. Le législateur, en tant qu'énonceur de la règle de droit, tente de susciter du sens chez les sujets de droit afin de réaliser les buts qu'il s'est fixés. Bien évidemment, l'un de nos voyageurs pourra quand même s'allumer une Gauloise à l'intérieur de la gare. Il aura compris la signification de

⁴⁴⁶ BATIFFOL voit dans le sens-direction d'une norme le fait que « *la norme exprime une pensée en vue d'une direction à donner à l'action* » (*ibid.*, p. 18). Ce critère nous paraît trop vague pour que l'on puisse s'en servir dans un cas déterminé.

⁴⁴⁷ Le sens-direction relève, il nous semble, de l'acte perlocutoire dans la théorie des actes de langage (v. *supra*, n° 225). AUSTIN disait, en effet, que « *dire quelque chose provoquera souvent- le plus souvent - certains effets sur les sentiments, les pensées, les actes de l'auditoire, ou de celui qui parle, ou d'autres personnes encore. Et l'on peut parler dans le dessein, l'intention, ou le propos de susciter ces effets* » (nous soulignons) (J. L. AUSTIN, *Quand dire, c'est faire, op.cit.*, n° 101, p. 114). L'intention du législateur, au sens de but de la loi, est comprise dans l'acte perlocutoire. Le législateur se fixe intentionnellement des objectifs qu'il souhaite atteindre avec son texte. Il ne faudrait pas confondre ces buts, avec la fonction ou la finalité que l'on attache à un énoncé au titre de l'acte illocutoire que l'on peut accomplir avec cet énoncé. Les actes illocutoires sont des « *catégories d'actes* » (P. AMSELEK, « Le locutoire et l'illocutoire dans les énonciations relatives aux normes juridiques », *art. préc.*, p. 397) accomplis avec nos paroles, alors que les actes perlocutoires, le sens-direction, varient de manière casuistique au gré de nos dires. Ainsi toutes nos lois sont des actes de prescription (actes illocutoires), mais elles permettent de poursuivre les buts les plus variés (actes perlocutoires).

⁴⁴⁸ Sur ce point, v. *infra*, n° 738.

la règle, mais refusera de s'y plier. La signification de la règle aura été comprise, mais la finalité aura échoué dans un cas particulier. Le sens, en tant que moyen au service d'une fin, justifie donc la distinction entre sens-signification et sens-direction⁴⁴⁹.

244. Inversement, le but de la règle de droit permettra, comme nous le verrons plus loin, de reconstituer indirectement sa signification. L'existence même de la méthode d'interprétation téléologique, c'est-à-dire par la finalité de la règle, semble l'attester. Le but de la règle peut être un moyen pour retrouver la signification d'une règle ou d'un mot. Soit le cas de figure suivant. Un voyageur au lieu de fumer dans la gare, se met à chiquer et à cracher amplement par terre. Ce comportement est-il interdit par la règle « interdiction de fumer » ? Pour répondre à la question, il faut déterminer le sens du mot fumer. Ce sens peut se reconstruire à partir du but poursuivi par la règle, à savoir assurer la santé et la propreté des lieux publics. Quoiqu'il en soit de l'interprétation finalement retenue, il nous importe d'insister sur le fait que le but de la règle agit sur sa signification. Bref, il existe, comme nous venons de le dire, une très forte interaction entre le but et la signification bien que ces deux aspects du sens paraissent devoir être distingués.

245. Ces deux nouveaux aspects dans la notion de sens peuvent bien évidemment faire l'objet d'une intention du législateur. En effet, comme l'a souligné un auteur, l'intention du législateur est « *très ambiguë : en particulier, elle désigne à la fois ce que le législateur a voulu signifier par le texte édicté et ce qu'il a voulu accomplir en l'édictant* »⁴⁵⁰. De sorte qu'il faut distinguer « *l'intention-sens et l'intention-but* »⁴⁵¹. L'*intention-sens* désigne le sens référentiel de l'énoncé (de quoi le législateur parle-t-il ?). Il s'agit de ce qu'on appelle couramment le sens des mots. Pour être tout à fait précis il faudrait donc parler de l'*intention-sens-référentiel*. À cette intention il convient d'ajouter l'*intention-but* (quelle est la finalité poursuivie par la règle de droit ?). Mais, cette ambiguïté va encore s'accroître puisqu'il faut lui ajouter l'*intention-force* que nous avons mise en évidence au point précédent (pourquoi le législateur parle-il ?). Or lorsqu'on sait que cette intention-force se décompose à son tour en *intention-force-juridique*, *-force-modale*, *-force-interne* et *-force-internationale*, il s'avère,

⁴⁴⁹ Dans le même sens, pour exclure l'élément perlocutoire de la notion de sens qui inclut le locutoire et l'illocutoire, v. Ch. BAYLON, X. MIGNOT, *Sémantique du langage*, op. cit., n° 3.2., p. 62.

⁴⁵⁰ P.-A. CÔTE, *Interprétation des lois*, Montréal, Les éditions Thémis, 3^{ème} éd., 1999, p. 475.

⁴⁵¹ *Ibid.*, p. 476. La distinction est reprise par J.-L. BERGEL (« La découverte du sens en droit par la finalité », in *La découverte du sens en droit*, op. cit., p. 67).

qu'à y regarder de près, l'intention du législateur devient une notion hautement complexe. Et les choses deviennent encore bien plus complexes lorsqu'on prend conscience que l'intention du législateur peut ne pas être déterminable, qu'elle peut être volontairement indéterminée ou qu'elle peut être dépassée.

La distinction suivante ajoutera encore à la complexité de la notion de signification.

§ V. – LA DISTINCTION ENTRE SIGNIFICATIONS ÉLÉMENTAIRES ET SIGNIFICATIONS D'ENSEMBLES

246. Pour comprendre cette distinction, il faut se représenter cette banalité que, pour tout type de texte, même non juridique, le sens global du texte résulte du sens des phrases qui le composent, alors que le sens de ces phrases résulte déjà de la signification des mots qui les forment. Cependant, le sens d'un texte n'est nullement une addition du sens des énoncés qui le forment, de même que « *le sens global d'un énoncé est loin de s'identifier au sens directement attaché aux signes* »⁴⁵². Nos exemples sur le sens implicite sont là pour le rappeler⁴⁵³. C'est, d'ailleurs, ce phénomène qui explique, à notre avis, la distinction que font les juristes entre la *loi* et le *droit*⁴⁵⁴. L'idée est que le droit possède, par rapport à la loi écrite, un « *contenu de signification excédentaire* »⁴⁵⁵. Le droit est, d'après cette distinction, plus grand que la juxtaposition des règles issues des sources formelles de droit écrit (Constitution, traités, lois parlementaires, règlements). Bref, le sens de l'ensemble diffère des significations des parties tout en se fondant sur elles. D'où l'idée de distinguer entre des *significations*

⁴⁵² Ch. BAYLON, X. MIGNOT, *Sémantique du langage, Initiation, op. cit.*, n° 3.3., p. 24.

⁴⁵³ En voici un exemple emprunté à MM. BAYLON et MIGNOT (*ibid.*). Lorsqu'un patron souhaite voir l'un de ses employés, les collègues de l'intéressé sont susceptibles de répondre : « Il est malade », ce qui veut dire en fait que « l'employé que vous réclamez est absent ». Pour une analyse approfondie de la notion de sens « implicite », v. *supra*, n° 209 et s.

⁴⁵⁴ Cette distinction est expressément consacrée par la Constitution de la République fédérale allemande qui dispose dans son article 20, alinéa 3, que : « *La législation est liée par l'ordre constitutionnel, le pouvoir exécutif et le pouvoir juridictionnel par la loi et le droit* » (*Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden*) (nous soulignons). Adde, R. SAVATIER, « Les creux du droit positif au rythme des métamorphoses d'une civilisation », in *Le problèmes des lacunes en droit*, Ch. PERELMAN (études publiées par), Bruxelles, Bruylant, Travaux du centre national de recherches de logique, 1968, p. 521 : « *il ne faut pas confondre le droit positif avec la loi écrite* ».

⁴⁵⁵ K. LARENZ, Cl.-W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft, op. cit.*, K. 5, 1, p. 189.

élémentaires (p. ex. les mots) à partir desquelles l'interprète élabore des *significations d'ensembles* (p. ex. les phrases et les textes). Mais l'inverse est tout aussi vrai.

247. La signification d'ensemble d'un texte doit également être prise en compte pour déterminer avec précision les significations élémentaires. Pour preuve, il suffit de prendre conscience du fait que la très grande majorité des mots du langage ordinaire et du vocabulaire juridique sont polysémiques⁴⁵⁶. Or, pour faire la sélection entre les différents sens possibles d'un même mot (signifiant), il est nécessaire de se reporter au contexte d'énonciation du mot ou de l'expression. Par conséquent, le tout détermine aussi le sens de la partie. Il semble même que l'interprétation des textes en droit soit fondamentalement tributaire d'une telle approche contextuelle ou systémique. C'est ainsi que l'on a pu écrire que « *le projet interprétatif fondamental qui traverse la pratique jurisprudentielle est la volonté de conforter la rationalité du système juridique* »⁴⁵⁷. Il en résulte que « *toute interprétation ponctuelle* »⁴⁵⁸ aura, à de très rares expressions près⁴⁵⁹, toujours pour but de « *dégager l'intention du législateur rationnel, [de] déterminer une interprétation compatible avec l'ensemble des autres normes du système* »⁴⁶⁰.

248. Il existe donc entre le tout et la partie une interaction ou « *une relation dialectique de fécondation mutuelle* »⁴⁶¹. Le sens de la partie est tiré d'une signification d'ensemble, c'est-à-dire d'un contexte ou système plus ou moins vaste aux frontières plus ou moins floues. À l'inverse, l'ensemble ou le système (ou le sous-système) se construit à partir des éléments qui le constituent, même si la signification d'ensemble possède un contenu excédentaire par rapport aux significations élémentaires.

Une dernière distinction affinera davantage encore notre analyse de la notion de signification, spécialement, des significations juridiques.

⁴⁵⁶ Sur ce point, v. *infra*, n° 284 et s.

⁴⁵⁷ F. OST, « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », *art. préc.*, p. 177.

⁴⁵⁸ *Ibid.*, p. 102

⁴⁵⁹ *Ibid.*, p. 176. L'auteur évoque notamment le cas des arrêts de provocation destinés à provoquer le législateur à changer de législation.

⁴⁶⁰ *Ibid.*, p. 103.

⁴⁶¹ F. OST, M. VAN DE KERCKOVE, *Entre la lettre et l'esprit, op. cit.*, p. 10.

§ VI. – LE SENS POUR LE LÉGISLATEUR ET LE SENS POUR L'INTERPRÈTE

249. À l'image du mot « loi » nous entendons le mot « législateur » dans un sens matériel et non pas dans un sens formel. Il en résulte que nous tenons pour un législateur toute autorité qui édicte des normes de droit positif, fût-elle un juge. Cette précision faite, il convient aussi de faire un rappel. Nous avons insisté déjà plusieurs fois sur le caractère psychique des significations. De plus, avons-nous remarqué, le langage exerce une fonction de communication⁴⁶². Or, la communication suppose au moins deux personnes, l'une qui énonce un message, l'autre qui le reçoit. Dans ces conditions, il appartient à chacun des participants à l'échange, le sens étant de nature psychique, de produire du sens de son côté⁴⁶³. Ce schéma de la communication permet de comprendre qu'il existe toujours un *sens pour l'énonceur* (ou l'émetteur) et un *sens pour le receveur* (ou le destinataire). La distinction du sens pour le législateur et du sens pour l'interprète n'en est qu'une déclinaison.

250. Cette distinction produit une conséquence capitale sur l'analyse du rapport entre le législateur et le juge (ou tout autre applicateur de normes). Voici comment M. AMSELEK la décrit :

Il s'ensuit que la communication des règles juridiques dans nos échanges intersubjectifs ne peut être directe, mais seulement indirecte, médiatisée. On peut se communiquer directement – s'échanger de la main à la main – des outils qui appartiennent au monde sensible, comme un parapluie, un stylo ou une feuille de papier par exemple. Au contraire, les outils mentaux, à l'instar de toutes les choses de l'esprit, échappent à de tels échanges directs : je ne peux faire accéder autrui de plein pied aux contenus de pensée qui occupent mon esprit. [...] Nos communications intersubjectives sont des transmissions de signes ou signaux, non des transmissions de pensées et d'objets mentaux. Pour que les choses qui occupent mon esprit passent dans l'esprit d'autrui, **il faut qu'autrui se livre**, à partir de ces signes que j'é mets vers lui et qu'il perçoit, **à une opération mentale spécifique : une opération d'entremise ou interprétation consistant à décoder les signes** captés et reconstituer à partir d'eux le sens qu'ils ont reçu pour mission de transporter ou mieux de *transborder*, c'est-à-dire de faire surgir

⁴⁶² Sur ce point, v. *supra*, n° 141.

⁴⁶³ En ce sens, v. Ch. BAYLON, X. MIGNOT, *Sémantique du langage*, *ibid.*, n° 1.1., p. 179.

dans l'esprit d'autrui [...]. **L'interprétation ou reconstruction du sens communiqué par des signes** (interpréter se dit, de manière fort éclairante, en anglais « to construct ») **est ainsi**, dans l'expérience juridique, **le préalable nécessaire** à la préhension intérieure – **à la compréhension – des normes juridiques exprimées par le législateur et à leur pratique, à leur utilisation.** (nous soulignons)

251. Cette réflexion de M. AMSELEK mérite d'être replacée dans le contexte plus général évoqué dès le début de ce premier titre. Le législateur édicte des règles générales et abstraites pour statuer, *in fine*, sur des cas singuliers et concrets. Cependant, cette application de la volonté législative aux cas d'espèce exige nécessairement une activité d'intermédiation d'un interprète, en l'occurrence le juge. Or, l'opération mentale qui consiste à décoder les signes énoncés par le législateur et à appréhender les contenus de pensée qu'ils véhiculent, est l'opération d'interprétation. En bref, il n'y a pas de compréhension d'une règle sans interprétation des signes qui la symbolisent. Autrement dit, il n'y a *pas d'application de la loi sans interprétation de la loi*.

252. Le schéma de la communication démontre que la communication entre le législateur et le juge suppose *nécessairement* une interprétation de la part de ce dernier. À cela, il faut encore ajouter que la communication, de façon générale, réussit « *chaque fois qu'apparaît chez le receveur un sens proche de celui qu'a conçu l'énonceur* »⁴⁶⁴. Or, cette réussite est rendue possible du fait que les participants à l'échange linguistique partagent un même code, c'est-à-dire associent le même sens aux mêmes mots, les mêmes signifiés aux mêmes signifiants, et dans la mesure où les significations ont elles-mêmes un caractère partagé. Transposé à notre manière, nous dirons que la communication entre le législateur et l'apporteur de normes réussit lorsque celui-ci arrive à décoder la volonté de celui-là. Si un tel décodage est concevable, c'est bien que l'un et l'autre partagent un même langage, une même culture générale et juridique.

253. Cette présentation nous amène à multiplier par deux tous les aspects du sens que nous venons de voir. Chacun de ces aspects peut être voulu par l'énonceur qui est, dans notre cas, le législateur. De plus, chacun de ces aspects doit être reconstitué du côté du receveur du message, c'est-à-dire par l'apporteur de la norme. Du moins en est-il ainsi, si l'on présume que le receveur du message est supposé l'interpréter en fonction de l'intention

⁴⁶⁴ *Ibid.*

de l'énonceur. Or, si cette façon de voir est sans aucun doute pertinente pour l'analyse des échanges linguistiques de la vie quotidienne, elle l'est bien moins dans le cadre de l'interprétation juridique. BATIFFOL a admirablement bien exposé le problème⁴⁶⁵.

254. Il déclare d'abord que la recherche de l'intention du législateur représente « *le point de départ de toute activité qui se veut méthodique* »⁴⁶⁶. Mais l'éminent juriste fait trois remarques. D'une part, nous dit-il, cette information sur la volonté du législateur, c'est-à-dire sur le sens de l'énonceur, fera fréquemment défaut. D'autre part, il arrive aussi que les auteurs d'un texte, tout en voyant une difficulté d'interprétation, n'ont pu se mettre d'accord et s'en remettent aux interprètes pour la résoudre ou que tout simplement les débats parlementaires révèlent « *des points de vue inconciliables* »⁴⁶⁷. Enfin, remarque notre auteur, les textes vieillissent en sorte que « *le respect de la volonté effective des auteurs, dans la mesure où elle peut être déterminée, aboutit à des résultats malencontreux, voire inacceptables* »⁴⁶⁸. D'où il conclura que « *la recherche du sens de la pensée de l'auteur n'intéresse en tant que telle que l'historien* »⁴⁶⁹. Bref, le sens pour l'énonceur, c'est-à-dire l'intention historique du législateur, ne sera pas toujours déterminant pour l'interprète, soit que le sens est indéterminable, soit qu'il est volontairement indéterminé, soit qu'il est démodé.

255. Nous pensons que la réflexion de BATIFFOL, combinée à notre distinction, met le doigt sur le problème capital de la rationalité de la décision judiciaire lorsque le problème soulevé est un problème de droit. À partir du moment, en effet, où l'intention du législateur n'est plus nécessairement le critère de la recherche de sens à effectuer par le juge, une question pressante va se poser. À défaut du sens pour le législateur, quelle est la signification déterminante à retenir par l'interprète ?⁴⁷⁰ En décrochant le texte de la volonté du législateur ne devient-il pas alors, comme le craignait GÉNY, « *une sorte d'outré vide, que*

⁴⁶⁵ H. BATIFFOL, « Questions de l'interprétation juridique », *art. préc.*, p. 9.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, p. 16.

⁴⁶⁷ *Ibid.*

⁴⁶⁸ *Ibid.*

⁴⁶⁹ *Ibid.*, p. 26.

⁴⁷⁰ En ce sens, v. J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, op. cit.*, n° 155, p. 298: ceux qui préconisent les méthodes modernes d'interprétation sont « *d'accord pour critiquer la méthode classique, en soulignant combien la notion de l'intention du législateur est incertaine, incertaine aussi l'utilisation des travaux préparatoires. Mais ils ne s'entendent pas toujours sur ce qu'il convient d'y substituer* ».

chacun remplirait à son gré »⁴⁷¹. L'attribution des significations devient-elle libre, ou bien obéit-elle à un certain nombre de contraintes méthodologiques, bref à une certaine rationalité ? Nous défendrons les pages qui suivent la thèse de la démarche méthodique. Celle-ci consistera d'abord à formuler avec précision le problème juridique auquel l'interprète est confronté. Or, la formulation précise du problème contient en elle-même déjà les solutions possibles entre lesquelles il conviendra de choisir, c'est-à-dire qu'elle évoquera un choix entre hypothèses. Le prochain titre de cette étude sera consacré à l'examen de ces problèmes qui constituent la source de nos hypothèses juridiques.

Conclusion du titre I

256. Une approche globale des hypothèses juridiques nous a conduits à en proposer d'abord une *définition topique* décrivant les hypothèses par le *lieu* où elles peuvent être rencontrées. Ce lieu se situe à l'intérieur de la relation – ou de la distance, c'est selon – entre le législateur et le cas particulier. En effet, le législateur ne pouvant statuer sur tous les cas d'espèce se voit contraint d'énoncer des règles générales et abstraites. Néanmoins, l'abstraction et la généralité des règles de droit a pour conséquence de rendre indispensable l'intervention d'un interprète chargé de l'application de ces règles au cas particulier. Or, c'est précisément à l'occasion de cette application que le juge conçoit des hypothèses juridiques.

257. Le lien entre le législateur et le cas concret peut faire l'objet d'une analyse plus affinée. Il résulte, en effet, de ce qui précède que la réalisation ou l'application du droit met en présence trois protagonistes : le législateur, le juge et le cas particulier. Cette présentation schématique permet de subdiviser la relation du législateur au cas concret en deux rapports distincts : le rapport entre le législateur et le juge et le rapport entre le juge et le cas concret.

258. Le premier chapitre du présent titre nous a permis d'approfondir la relation entre le juge et le cas concret. À cette occasion, nous avons cherché à mettre en évidence un « espace de la concrétisation du droit » susceptible d'accueillir des hypothèses juridiques. Il apparaît d'emblée que cet espace s'étend entre la règle de droit générale et abstraite et le cas singulier et concret. Cependant, le phénomène de l'induction ou de l'abstraction de principes généraux à partir de règles de droit existantes attire notre attention sur l'existence d'un espace qui s'étend au-delà de ces règles à un niveau qui leur est supérieur en généralité et en

⁴⁷¹ F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit., n° 97, p. 263.

abstraction. Il s'ensuit que les magistrats sont également susceptibles d'inscrire leurs hypothèses dans cet espace situé au-delà des règles légales existantes.

259. Après l'examen du lien entre le juge et le cas concret, le rapport entre le législateur et le juge a fait l'objet d'un second chapitre. Ce rapport – mais on pourrait également parler d'écart – est noué – ou vaincu – au moyen de la notion de signification du droit. Cette affirmation se fonde sur l'analyse-même du signe linguistique et sur la nature des normes énoncées par le législateur. Qu'est-ce, en effet, une norme juridique ? Une norme est un contenu de pensée. Elle est un outil d'ordre mental. Or, en tant que phénomène d'ordre psychique, une norme n'est pas susceptible d'être communiquée aux sujets de droit à l'instar d'un objet matériel que l'on peut transmettre de main en main. Il faut, au contraire, faire passer les règles de la sphère mentale de leur concepteur – le législateur – à la sphère mentale des sujets de droit, dont les juges⁴⁷². Comment faire ?

260. D'une manière tout à fait générale, l'on peut dire que la communication des contenus de pensée s'effectue grâce au langage, aux signes linguistiques. Ceux-ci s'analysent en une chose double associant un signifié à un signifiant, c'est-à-dire une signification à un symbole (écrit ou oral). En d'autres mots, les signes linguistiques permettent de transporter de la pensée, parce qu'ils associent un contenu de pensée, c'est-à-dire une signification, à un symbole qui, quant à lui, est susceptible d'être communiqué ou échangé entre locuteurs d'une communauté linguistique. Cette analyse est entièrement transposable à la communication entre le législateur et les sujets de droit, dont les juges. Le législateur, en énonçant des règles de droit, symbolise des contenus de pensée ou significations qu'il transmet aux sujets de droit. C'est dire que la relation entre le juge et le législateur a pour objet de la signification. C'est elle qui permet de vaincre la distance qui les sépare, de nouer un lien entre eux.

261. Nous avons choisi d'examiner la notion de sens en distinguant entre les aspects généraux et les aspects spécifiques de la signification. Sans revenir sur chacun de ces aspects, nous nous permettons simplement de rappeler un certain nombre d'enseignements. La signification, nous venons de le voir, est d'ordre psychique. Ce caractère psychique des

⁴⁷² Assurément il y a une part de fiction à vouloir parler d'une « sphère mentale » appartenant au législateur. De fait, en pratique, le législateur est un organe étatique composé d'une multitude d'individus possédant chacun sa sphère mentale propre. Le concept même de législateur est en réalité, ainsi que nous le verrons plus tard, un concept fort complexe (*infra*, n° 447). Il ne reste pas moins vrai que les normes constituent des contenus de pensée, fussent-ils élaborés par un organe collectif.

significations n'emporte pas, toutefois, la conséquence de leur instabilité fondamentale et donc d'une instabilité fondamentale du droit. Le langage est, en effet, un phénomène éminemment social. Pour preuve, toutes les langues ne découpent pas la réalité de la même manière. Elles ne sont donc pas le reflet de la « réalité » objective, mais elles condensent des pratiques variables différant d'une communauté linguistique à l'autre. Pour rendre compte de cette dimension sociale du langage, on dit que le caractère fondamental du signe linguistique est sa conventionalité. C'est par un certain « code linguistique » que les utilisateurs relient tel signifiant à tel signifié. Et même, ce n'est pas seulement le lien entre tel signifié et tel signifiant qui est de nature conventionnelle, mais les significations elles-mêmes (les signifiés) ont un caractère social et donc partagé. Plus exactement, celles-ci sont des constructions sociales, culturelles et historiques.

262. Mais de quoi parle-t-on plus spécifiquement quand on parle de sens ? La question est cruciale. Tous les aspects de la signification d'une règle de droit peuvent faire l'objet d'une intention du législateur et constituent autant de programmes de recherche pour l'interprète. Or, il s'avère que la signification se présente comme une superposition et un enchevêtrement de couches sémantiques. Nous y avons distingué un sens abstrait et un sens concret, un sens explicite ou littéral et un sens implicite, un sens référentiel et une force des énoncés, un sens-signification et un sens-direction, des significations élémentaires et des significations d'ensembles, un sens pour le législateur et un sens pour l'interprète.

263. Cette multiplicité de couches sémantiques permet d'étayer – à l'instar de l'espace de la concrétisation du droit imaginé au premier chapitre – l'idée d'un « espace de la signification du droit ». L'étendue de cet espace, s'étendant *a priori* entre le législateur et le juge, serait élargie par les différents aspects de la notion de sens. Or, en concevant des hypothèses, le juge les inscrit forcément dans cet espace sémantique.

264. Il est vrai que cet espace de la signification du droit ne se confond pas exactement avec l'écart entre le législateur et le juge qui nous a, pourtant, permis de le mettre en lumière. Certes, la signification permet de vaincre la distance entre le législateur et le magistrat. Cependant, en appliquant une règle de droit générale et abstraite à un cas singulier et concret, le magistrat transforme en signification concrète une signification abstraite. L'application du droit relève donc également de l'espace sémantique. Il s'ensuit que l'espace de la signification et l'espace de la concrétisation du droit ne sont pas véritablement distincts.

Signification du droit et concrétisation du droit se superposent. Il reste que ses deux espaces nous procurent le lieu des hypothèses juridiques.

Après cette approche globale des hypothèses, nous nous livrerons désormais à une analyse bien plus technique. Celle-ci consiste à définir les hypothèses juridiques à partir des problèmes juridiques qui en constituent la source.

TITRE II

LA SOURCE DES HYPOTHÈSES JURIDIQUES : LES PROBLÈMES DE DROIT

265. Le premier titre de cette partie de thèse avait pour objet d'explorer le *lieu* où l'on rencontre les hypothèses juridiques. Or, ce lieu est celui de la concrétisation du droit et, plus précisément, celui de la rencontre entre l'activité d'interprétation et l'activité de concrétisation du droit par le juge. À présent, nous tenterons de déterminer la *source* des hypothèses juridiques. Aussi bien, après avoir recherché une *définition topique*⁴⁷³ du concept central de notre thèse, nous partons désormais à la recherche d'une *définition génétique* de nos hypothèses, c'est-à-dire d'une définition décrivant les hypothèses par la manière dont elles se produisent ou dont elles naissent⁴⁷⁴.

266. Ce sont les problèmes juridiques qui font naître les hypothèses juridiques. À vrai dire, les uns sont indissociables des autres. En effet, lors de l'introduction à notre travail, nous avons provisoirement défini l'hypothèse juridique comme la solution possible à un problème de droit. Or, cette définition provisoire nous pousse naturellement à nous interroger sur la notion de problème. Qu'est-ce un problème ? D'une manière générale, un problème est une « *question à résoudre dans un domaine quelconque, qui se présente avec un certain nombre de difficultés, d'obstacles* »⁴⁷⁵. Plus précisément, dans les domaines relatifs à l'élaboration rationnelle des connaissances, un problème est une « *question à résoudre par des méthodes rationnelles ou scientifiques* »⁴⁷⁶. Par conséquent, les problèmes étant des

⁴⁷³ La définition topique cherche à décrire un concept, en déterminant le lieu (en grec, *topos*) où l'on peut rencontrer la chose qu'il désigne (sur ce type de définition, v. déjà *supra*, n° 61).

⁴⁷⁴ Sur la « définition génétique », v. déjà *supra*, n° 61.

⁴⁷⁵ P. MAUBOURGET (publié sous la dir. de), *Grand Larousse universel*, Paris, Larousse, 1995, v° « Problème ».

⁴⁷⁶ *Trésor de la langue française informatisé* (Tlfi), *op. cit.*, v° « Problème ».

questions, l'on dira que les hypothèses juridiques sont des réponses provisoires à des questions de droit.

267. Prenons tout de suite, pour illustrer, l'exemple de « l'histoire des fresques »⁴⁷⁷. En l'espèce, l'on s'en souvient, un antiquaire avait réussi à décoller des fresques des murs d'une chapelle après les avoir achetées à vil prix. Comme le précisait l'Avocat général, M. CABANNES, la question de droit soulevée par l'affaire était la suivante : « *les fresques détachées de leur support sont-elles meubles ou immeubles* »⁴⁷⁸ ? Cette question ne laissait plus que deux solutions possibles ou deux hypothèses. Oui, les fresques détachées doivent être qualifiées « bien meubles ». Non, les fresques détachées ne peuvent être qualifiées « bien meubles », c'est-à-dire qu'elles sont des « immeubles ».

268. Le lien inextricable entre la question ou le problème posé et l'hypothèse explique que l'on peut définir la notion d'hypothèse juridique à partir de la notion de problème juridique ou – et c'est la même chose – à partir de la notion de problème de droit. Or, cette notion de problème de droit, nous la définirons conformément à la méthode de la logique classique. Celle-ci nous apprend que l'*extension* d'un concept est constituée de « *l'ensemble des objets qu'il désigne, dont il peut être l'attribut* »⁴⁷⁹. À l'opposé, la *compréhension* du concept est formée de « *l'ensemble des propriétés qui le caractérisent et qui sont communes à tous les objets formant son extension* »⁴⁸⁰. Conformément à cette analyse traditionnelle du concept, nous allons donc définir les problèmes juridiques en extension et en compréhension.

269. Mais, contrairement à la logique classique, qui enseigne que c'est la compréhension d'un concept qui détermine son extension – parce qu'il faut d'abord connaître les propriétés du concept avant de pouvoir correctement l'appliquer⁴⁸¹ — nous allons d'abord examiner l'extension du concept avant d'en préciser la compréhension. En cela, nous suivrons une démarche plutôt inductive consistant à dégager quelque propriété commune à partir des

⁴⁷⁷ Ass. plén., 15 avril 1988, D. 1988.325. Pour le détail de cette affaire, v. *supra*, n° 164.

⁴⁷⁸ J. CABANNES, conclusions, *arrêt préc.*, p. 325, col. gauche.

⁴⁷⁹ M. GEX, *Logique formelle, op. cit.*, n° 6, p. 20.

⁴⁸⁰ *Ibid.*

⁴⁸¹ En ce sens, v. *ibid.*, n° 7, p. 23.

différents problèmes-types répertoriés traditionnellement par la doctrine juridique (le problème d'obscurité de la loi, le problème des conflits de lois, le problème des lacunes de la loi, le problème de la qualification).

270. Aussi, élaborerons-nous, dans un premier temps, une définition en extension des problèmes juridiques (Chapitre I). Ce n'est que par la suite que nous tenterons de construire, à partir de cette extension, la définition en compréhension de la notion de problème juridique (Chapitre II). Cette façon d'aborder le sujet nous permet d'attirer, dès à présent, l'attention du lecteur sur un point qui nous paraît important. C'est qu'il est, certes, possible de distinguer (en extension) entre divers types de problèmes juridiques. Mais ces distinctions ne doivent pas créer l'illusion que ces problèmes sont radicalement différents les uns des autres. Au contraire, selon nous, tous ces problèmes ne constituent que des figures d'un seul et même problème d'interprétation du droit.

Chapitre I

LA DÉFINITION EN EXTENSION DE LA NOTION DE PROBLÈME JURIDIQUE

271. Il n'existe pas, nous semble-t-il, de théorie classique des problèmes juridiques. Mais on trouve, ici ou là, une distinction entre divers problèmes-types⁴⁸². Le plus célèbre des textes ébauchant une telle distinction est, sans aucun doute, l'article 4 du Code civil qui interdit au juge, sous peine de commettre un déni de justice, de refuser de juger en prétextant le « *silence* », l'« *insuffisance* » ou l'« *obscurité* » de la loi. Cette triple classification des problèmes n'est guère rigoureuse puisqu'il ne fait pas de doute que le silence ou l'obscurité constituent, l'un comme l'autre, des insuffisances de la loi, sauf à remarquer peut-être que le silence traduit une « *insuffisance plus radicale* »⁴⁸³ que l'obscurité. Mais, pour floue qu'elle soit, cette distinction a le mérite d'exister et de démontrer par là-même que les juristes ont tendance à distinguer entre un nombre limité de problèmes typiques.

272. En collant étroitement à cette tradition, nous pensons qu'il est possible de distinguer entre quatre types de problèmes de droit, à savoir le problème de l'*obscurité de la loi* – confondu souvent, à tort, avec le problème d'interprétation⁴⁸⁴ – (Section I), le problème

⁴⁸² En ce sens, v. p. ex. J.-É.-M. PORTALIS, « Discours préliminaire sur le projet de code civil », in *Jean-Étienne-Marie Portalis, Écrits et discours juridiques et politiques*, préface A. SÉRIAUX, Aix-Marseille, PUAM, col. des Publications du centre de philosophie du droit, 1988, p. 29 : « *L'équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives* » ; Ch. PERELMAN, « Essai de synthèse », in *Les Antinomies en droit*, Ch. PERELMAN (sous la dir. de), Bruxelles, Bruylant, Travaux du centre national de recherches de logique, 1965, p. 395 : « *quelles que soient les insuffisances apparentes du système, le juge doit les éliminer, en précisant ce qui pourrait paraître peu clair, en résolvant les antinomies, en palliant les lacunes [...]* » (nous soulignons) ; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Introduction générale*, op. cit., n° 468, p. 436 : « *Il est possible, non sans quelque arbitraire, de distinguer trois aspects dans cette création. Le juge précise et complète la loi ; il assure la cohérence de l'ordonnancement juridique en éliminant les antinomies ; il adapte le droit à l'évolution des faits* » (nous soulignons) ; F. OST, « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », in *L'interprétation en droit, Approche pluridisciplinaire*, M. VAN DE KERCHOVE (sous la dir. de), Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1978, p. 181 : « *Le juge est, mieux que quiconque, averti des incohérences, des lacunes, des obscurités de l'œuvre législative* » (nous soulignons).

⁴⁸³ Ch. HUBERLANT, « Les mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi », in *Le problème des lacunes en droit*, Ch. PERELMAN (études publiées par), Bruxelles, Bruylant, Travaux du centre national de recherches de logique, 1968, pp. 44-45. Adde, M.-A. FRISON-ROCHE, « Art. 4, Déni de justice et interprétation de la loi par le juge », *Juris-cl. civ.*, n° 49 : « *Obscurité et silence sont des formes particulières d'insuffisance de la loi* ».

⁴⁸⁴ Sur le caractère intenable d'une telle conception restrictive de l'interprétation, v. *infra*, n°452.

de *conflit de lois* (Section II), le problème de *lacune de la loi* (Section III) et le problème de *qualification* (Section IV). Méthodiquement, nous approfondirons l'analyse de chacun de ces problèmes.

SECTION I

LE PROBLÈME DE L'OBSCURITÉ DE LA LOI

273. Nous allons d'abord approfondir les concepts de clarté et d'obscurité de la loi (§ I), ce qui nous mènera rapidement à les critiquer (§ II). Cela dit, nous n'en pensons pas moins qu'il est tout à fait possible de maintenir, sous quelques réserves, l'idée d'un problème d'obscurité de loi.

§ I – LES CONCEPTS DE CLARTÉ ET D'OBSCURITÉ DE LA LOI

274. Dans une conception traditionnelle, aucun problème juridique ne se pose quand la loi est claire. C'est ainsi que PORTALIS déclarait que « *quand la loi est claire, il faut la suivre ; quand elle est obscure, il faut en approfondir les dispositions* »⁴⁸⁵. De la même manière, l'article 5 du titre V du projet de Livre préliminaire du Code civil disposait que « *quand la loi est claire, il ne faut point en éluder la lettre sous prétexte d'en pénétrer l'esprit* »⁴⁸⁶. Autrement dit, *pour appliquer une loi claire, il n'y aurait qu'à la lire*⁴⁸⁷. L'interprétation en serait strictement interdite : *interpretatio cessat in claris*. A contrario, les problèmes ne commenceraient qu'avec une loi obscure. L'interprétation deviendrait alors nécessaire pour en éclairer les dispositions. En résumé, une loi claire se lirait puis s'appliquerait ; une loi obscure se lirait, s'interpréterait, puis s'appliquerait.

⁴⁸⁵ J.-É.-M. PORTALIS, « Discours préliminaire sur le projet de code civil », *discours préc.*, p. 29.

⁴⁸⁶ P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 2, Paris, Videcoq, 1836, p. 7.

⁴⁸⁷ Cette formule est empruntée à Raymond SALEILLES qui écrivait, en 1910, qu'« *il y a un quart de siècle, on en parlait à peine [des questions de méthode]. Cela paraissait, en effet, si simple ! Pour appliquer une loi, il n'y avait qu'à la lire. Et si elle présentait quelques lacunes ou quelque points douteux, avec un peu de grammaire et de logique, il était si facile de tout expliquer. Heureux furent les juges qui vécurent jusque vers le dernier quart du XIXe siècle* », (nous soulignons) (« Allocation », in *Les méthodes juridiques, Leçons faites au Collège libre des sciences sociales en 1910, op. cit.*, p. XVI).

275. Cette conception classique découle de la définition même de l'opération d'interprétation entendue, traditionnellement, comme « *l'explication d'une chose qui paraît obscure ou ambiguë* »⁴⁸⁸. Or, d'après une définition célèbre de LAFERRIÈRE, une règle est claire, « *lorsqu'elle n'est pas de nature à faire naître un doute dans un esprit éclairé* »⁴⁸⁹. MM. BORÉ ajoutent, au sujet de la dénaturation des actes clairs, que « *cette référence, faite par Laferrière, à un "esprit éclairé" et impartial, qui est celui du magistrat, est indispensable ; car on ne saurait accueillir la thèse étrange et destructrice, selon laquelle une clause serait obscure dès lors qu'elle ferait l'objet d'une contestation entre les parties, l'assignation en justice ayant en somme la vertu de bannir toute clarté* »⁴⁹⁰. Assurément, il est indispensable que le doute sur la signification d'un texte naisse dans un esprit aiguisé ou - et cela revient au même - que ce doute soit sérieux ou raisonnable. Autrement, la seule contestation, si dérisoire fût-elle, accablerait le magistrat de questions pareillement dérisoires et inutiles. Par conséquent, nous définirons provisoirement l'obscurité de loi comme *le doute raisonnable sur le sens d'un mot ou d'un ensemble de mots*.

276. Il est vrai que l'on fait parfois une distinction entre l'obscurité et l'ambiguïté de la loi. D'après une telle distinction, l'obscurité serait réservée au seul « *fait de n'avoir aucun sens apparent* », tandis que l'ambiguïté viserait le fait de « *présenter plusieurs sens possibles* »⁴⁹¹. Cette distinction ne nous paraît pas convaincante. Même, si elle semble consacrée par une disposition comme l'article 1602, alinéa 2, du Code civil⁴⁹², elle n'est pas reprise par l'article 4 du Code civil qui s'en tient à la seule « obscurité » de la loi⁴⁹³. Plus fondamentalement, nous ne parvenons pas à nous imaginer cette « absence de sens », fût-il un sens apparent, que la définition ci-dessus suppose. Pour admettre un tel cas de figure, il faudrait concevoir une expression linguistique dont on n'arriverait pas du tout, dans un premier temps, à percevoir la signification. Or, une telle situation ne nous paraît pas se

⁴⁸⁸ M. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Bruxelles, H. Tarlier Libraire-Éditeur, 5^{ème} éd., 1825-1828, v° « Interprétation ».

⁴⁸⁹ E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, t. 1, Paris, Nancy, Berger-Levrault, 2^{ème} éd., 1896, p. 498.

⁴⁹⁰ J. BORÉ, L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, op. cit., n° 79.151.

⁴⁹¹ Y. PACLOT, *Recherche sur l'interprétation juridique*, Thèse, dactyl., Paris, 1988, n° 423, p. 375.

⁴⁹² « *Tout pacte **obscur** ou **ambigu** s'interprète contre le vendeur* » (nous soulignons).

⁴⁹³ Sur ce point, v. *supra*, n° 271.

produire dans la pratique. Il existe forcément, dans une première approche, une ou plusieurs significations possibles. Mais celles-ci se contredisent, manquent de précision, aboutissent à des résultats absurdes etc. De plus, une autre raison de fond nous conduit à rejeter énergiquement la définition susmentionnée de l'obscurité. Il nous semble que l'idée d'un sens *apparent* postule également l'idée d'un sens *véritable*⁴⁹⁴. Or, il n'existe rien de tel qu'un sens véritable, caché, que l'interprète n'aurait, comme un trésor, qu'à découvrir⁴⁹⁵. Par conséquent, avec d'autres⁴⁹⁶, nous considérons que l'ambiguïté lexicale (la polysémie) et l'ambiguïté syntaxique ne sont que de simples espèces d'un même genre ou deux sources, parmi d'autres, de l'obscurité de la loi⁴⁹⁷. En tous les cas, rien dans la définition courante de la notion d'obscurité, ne s'oppose à une telle conception.

277. Après cette précision d'ordre terminologique, il nous paraît tout à fait justifié de soutenir, conformément à la conception classique, que les applicateurs des règles de droit rencontrent des problèmes d'obscurité de la loi, c'est-à-dire qu'ils sont susceptibles de douter de la signification des règles qui leur semblent applicables aux cas qui leur sont soumis. Il ne reste pas moins vrai qu'il faut manier les concepts d'obscurité et de clarté avec beaucoup de circonspection. D'une part, en effet, il est inexact de soutenir, comme le fait la doctrine traditionnelle, que l'interprétation ne commence qu'avec les textes obscurs. D'autre part, il faut bien l'admettre, les notions d'obscurité et de clarté sont loin d'être des notions... claires. Nous l'établirons au point suivant.

⁴⁹⁴ L'« apparence » est, en effet, traditionnellement opposée à la « réalité ». On a même pu écrire que cette dissociation de notion (apparence/réalité) peut être considéré comme « le prototype de toute dissociation notionnelle » (Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation, op. cit.*, § 90, p. 556).

⁴⁹⁵ Sur ce point, v. *infra*, n° 447.

⁴⁹⁶ En ce sens, v. M. VAN DE KERCHOVE, « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », in *L'interprétation en droit, Approche pluridisciplinaire*, M. VAN DE KERCHOVE (publié sous la dir. de), Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1978, p. 13 ; du même auteur, « Le sens clair du texte : argument de raison ou d'autorité ? », in *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Bruxelles, éd. Nemesis, P. VASSART (études publiées par), G. HAARSCHER, L. INGBER, R. VANDER ELST (sous la dir. de), 1988, p. 291.

⁴⁹⁷ Cette distinction entre ambiguïté syntaxique est lexicale est faite très justement par M. PACLOT (*Recherche sur l'interprétation juridique, op. cit.*, n° 423, p. 375).

§ II – APPRÉCIATION CRITIQUE

278. Nous venons de voir que, dans l'analyse traditionnelle, un texte ne peut être interprété qu'à la condition d'être obscur. Après d'autres, nous démontrerons que cette « doctrine du sens clair » s'avère tout à fait intenable (A). La critique de cette doctrine nous conduira ensuite à remettre les concepts d'obscurité et de clarté à leur place exacte. Ces notions n'ont rien d'absolu. Elles sont relatives à un contexte (B). Ce recadrage contextuel nous permettra, enfin, de répertorier un certain nombre de sources d'obscurité des textes (C). L'analyse de nos deux concepts-clé s'en trouvera affinée.

A. – LE CARACTÈRE INTENABLE DE LA « DOCTRINE DU SENS CLAIR »

279. La « doctrine du sens clair »⁴⁹⁸, appelée aussi « argument du sens clair »⁴⁹⁹, est vieille. Elle remonte à l'antiquité romaine et semble être devenue « une règle universelle »⁵⁰⁰ que l'on peut formuler comme suit : « “un texte clair n'a pas besoin d'interprétation” »⁵⁰¹. Cette doctrine exerce plusieurs fonctions. Il s'agit d'abord d'une « fonction de régulation »⁵⁰² ou de délimitation. Plus précisément, en posant qu'un texte clair n'a pas à être interprété, la doctrine du sens clair fixe une limite à ne pas dépasser par l'interprète. L'argument du sens clair se veut donc être une barrière contre une interprétation trop libérale. Mais, il faut le reconnaître, la doctrine du sens clair exerce encore une autre fonction majeure, à savoir une « fonction de dissimulation »⁵⁰³. De fait, l'affirmation qu'un texte est clair permet de couper

⁴⁹⁸ M. VAN DE KERCHOVE, « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », *art. préc.*, p. 13.

⁴⁹⁹ M. VAN DE KERKHOVE, « Le sens clair du texte : argument de raison ou d'autorité ? », *art. préc.*, p. 291.

⁵⁰⁰ K. CLAUSS, « Die Sens-Clair-Doktrin als Grenze und Werkzeug », in *Le raisonnement juridique*, Actes du congrès mondial de philosophie du droit et de philosophie sociale, H. HUBIEN (actes publiés par), Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 251.

⁵⁰¹ P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, op. cit., n° 224, p. 326.

⁵⁰² M. VAN DE KERCHOVE, « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », *art. préc.*, p. 47 ; *adde*, K. CLAUSS, « Die Sens-Clair-Doktrin als Grenze und Werkzeug », *art. préc.*, p. 251.

⁵⁰³ *Ibid.*, p. 49 ; *ibid.*, p. 251.

court à toute discussion ouverte portant sur un problème d'interprétation et de dissimuler, en conséquence, le choix interprétatif qui se cache derrière cette affirmation de clarté. L'argument du sens clair permet ainsi de taire « *l'existence, dans le chef de la Cour de cassation, d'un choix véritable entre les diverses interprétations possibles, dont le caractère partiellement créateur remet en cause à la fois l'idéal de sécurité juridique [...], et une conception traditionnelle de sa mission dont elle paraît ne pas vouloir ouvertement se départir* »⁵⁰⁴.

280. Il ne saurait être question, en raison de la place modeste que nous réservons ici à l'argument du sens clair, de faire un état des lieux précis sur son emploi dans ses diverses fonctions. Qu'il nous suffise simplement de constater qu'il conserve une certaine actualité. Cette actualité est particulièrement évidente en doctrine comme en attestent un certain nombre d'ouvrages de référence. Le *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri CAPITANT définit, par exemple, l'« interprétation » comme l'« opération qui consiste à discerner le véritable sens d'un texte **obscur** »⁵⁰⁵ (nous soulignons). En jurisprudence, il est moins aisé de diagnostiquer l'actualité de l'argument du sens clair⁵⁰⁶. Toujours est-il qu'il reste le fondement du recours en cassation fondé sur la dénaturation des actes. Or, ce type de recours est fréquent. Rappelons à ce titre que « *la dénaturation peut se définir comme la*

⁵⁰⁴ *Ibid.*

⁵⁰⁵ G. CORNU (sous la dir. de), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Interprétation ». Adde, F. TERRE, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, n° 446, p. 446 : « Pour qu'il y ait lieu à interprétation, encore faut-il que cela soit nécessaire. De cette évidence, jointe au souci de modérer les ardeurs plus ou moins impérialistes des interprètes, se dégage une maxime classique selon laquelle l'interprétation cesse lorsqu'un texte est clair (*Interpretatio cessat in claris*) » ; G. CORNU, *Introduction, Les personnes, Les biens*, *op. cit.*, n° 386, p. 162 : « Le fait est que la loi n'est pas toujours claire, ni précise. Elle peut être confuse équivoque ou incomplète. Son obscurité, ses insuffisances font naître des difficultés d'interprétation. Il faut alors interpréter la loi » ; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Introduction générale*, *op. cit.*, n° 467, p. 435 : l'« interprétation est indispensable lorsque les dispositions légales sont obscures et contradictoires. Elle reste souvent nécessaire lorsqu'une disposition est en elle-même parfaitement claire, car il est exceptionnel qu'elle soit suffisamment complète et précise pour s'appliquer sans adaptation à l'espèce » ; Ph. MALAURIE, P. MORVAN, *Droit civil, Introduction générale*, *op. cit.*, n° 399, p. 311 et p. 312 : même si les auteurs reconnaissent très exactement que « reconnaître la clarté d'un acte procède déjà d'une interprétation », ils affirment en même temps que « par hypothèse, l'interprétation d'un acte juridique n'est nécessaire qu'en cas d'obscurité ou d'ambiguïté ». Pour éviter la contradiction dans les termes, il faudrait choisir.

⁵⁰⁶ M. BERGEL écrit que la théorie de l'acte clair « est apparemment appliquée en jurisprudence » (*Méthodologie juridique*, *op. cit.*, p. 233). A son tour, M. VAN DE KERCHOVE estime qu'« il ne suffit pas de constater une régression, voire à la limite une disparition pure et simple, de l'argument sous sa forme explicite, pour en conclure qu'il se trouve implicitement condamné » (« Le sens clair du texte : argument de raison ou d'autorité ? », *art. préc.*, p. 292). En voici un exemple d'emploi de l'argument du sens clair dans un arrêt de la Cour d'appel de Riom du 21 oct. 1946 (*D.* 1947.90, note J. CARBONNIER) : « Attendu que reconnaître aux tribunaux la possibilité, sous prétexte de l'interpréter, de modifier ou de restreindre la portée d'un texte de loi qui ne comporte aucune ambiguïté et se suffit à lui-même, serait autoriser le pouvoir judiciaire à se substituer au législatif ».

méconnaissance *par le juge du fond* du sens d'un écrit clair et précis [...], *justifiant la cassation de l'arrêt d'appel dont elle entache un motif essentiel* »⁵⁰⁷. Ce cas d'ouverture à cassation, de création purement jurisprudentielle⁵⁰⁸, avait initialement pour mission de permettre à la Cour de cassation de sanctionner les juges du fond qui, sous couvert d'interprétation souveraine du contrat⁵⁰⁹, réécrivaient en vérité l'accord des parties. Le grief de la dénaturation du sens clair et précis d'une clause contractuelle permettait ainsi, et permet toujours, à la juridiction suprême d'assurer l'application effective de l'article 1134, alinéa 1, du Code civil⁵¹⁰. L'idée de la dénaturation est simple : « *l'interprétation suppose une clause ambiguë ; si la clause est claire et précise il n'y a pas lieu à interprétation et la décision qui refuse d'appliquer une telle clause doit être censurée* »⁵¹¹. Suite à sa création, le grief de la dénaturation fut étendu à d'autres documents écrits, tels les testaments, conclusions, brevets d'inventions, lois étrangères applicables en vertu d'une règle de conflit de lois française ou encore correspondances, rapports d'expertises etc.⁵¹². En résumé, nous dirons que la dénaturation est une interprétation d'un document écrit clair et précis.

281. Malgré cette actualité, l'argument du sens clair est, en y regardant de près, intenable. Soumettre l'interprétation d'un texte à la condition de son obscurité ou interdire son interprétation au nom de sa clarté aboutit, inévitablement, à un cercle vicieux. Le problème est, en effet, qu'il faut déjà avoir interprété le texte pour savoir si le texte est clair ou obscur, et des divergences peuvent naître sur la qualification de « clarté » et d'« obscurité »⁵¹³. Par conséquent, « *le serpent se mord la queue* »⁵¹⁴. À vrai dire, il faut nuancer le propos. Il est

⁵⁰⁷ J. BORÉ, L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, op. cit., n° 79.10.

⁵⁰⁸ Civ., 15 avril 1872, *GACIV*, N° 160, p. 111.

⁵⁰⁹ La Cour de cassation a abandonné l'interprétation des contrats aux juges du fond dans son célèbre arrêt *Lubert*, Sect. réun., 2 février 1808, *GACIV*, N° 159, p. 108.

⁵¹⁰ « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ».

⁵¹¹ M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, *La technique de cassation, Pourvois et arrêts en matière civile*, op. cit., p. 74.

⁵¹² J. BORÉ, L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, op. cit., n° 79.95 et 79.111.

⁵¹³ Par exemple, en matière de dénaturation, la 3^{ème} Chambre civile a jugé que la clause « effondrement », couvrant dans les polices d'assurance certains risques de construction, était une clause claire (17 mars 1975, *Bull. civ. III*, n° 110), tandis que la 1^{ère} Chambre civile la jugeait obscure (9 juill. 1975, *Bull. civ. I*, n° 230) ; v. sur ce point J. BORÉ, « Pourvoi en cassation », *Rép. Dalloz proc. civ.*, 1995, n° 2203.

⁵¹⁴ Ph. MALAURIE, P. MORVAN, *Droit civil, Introduction générale*, op. cit., n° 399, p. 312. Adde, F. TERRE, *Introduction générale au droit*, op. cit., n° 446, p. 446 : « *Encore ne convient-il de ne pas exagérer cette exclusion de l'interprétation en cas de termes clairs, parce qu'il est souvent difficile de distinguer un terme clair d'un terme obscur* [...] » ; P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, op. cit., n° 224, p. 327 : « *Cette*

nécessaire d'interpréter un texte non pas seulement pour déterminer s'il est clair ou obscur. Plus fondamentalement, nous l'avons démontré, la moindre lecture d'un texte suppose déjà son interprétation⁵¹⁵. Mais il faut aller plus loin, car il n'existe pas de clarté ou d'obscurité « en soi » d'un texte. La clarté d'un texte, de même que son obscurité, sont des notions contextuelles.

B. – LE CARACTÈRE CONTEXTUEL DE LA CLARTÉ DE LA LOI

282. La doctrine du sens clair n'est pas seulement critiquable parce que la qualification de clarté ou d'obscurité suppose déjà une interprétation préalable du texte en question. La notion de clarté d'un texte est *en elle-même* critiquable, du moins dans sa version naïve. Dans cette version, la doctrine du sens clair pose qu'« *il existe des textes clairs dont le sens est "en soi" manifeste ou évident* »⁵¹⁶. Cette conception est erronée. Elle paraît « *au regard des théories contemporaines du langage et de l'interprétation [...] étrangement naïve et illusoire* »⁵¹⁷. La clarté n'existe pas « en soi ». Elle n'est pas une notion absolue, mais une notion relative. La clarté d'un mot ou d'un ensemble de mots est relative à son contexte. *La clarté est contextuelle*⁵¹⁸.

283. Il n'existe pas de clarté « en soi ». Cette affirmation repose sur une double caractéristique du langage : la polysémie des mots et l'indétermination inhérente à nos concepts⁵¹⁹. Commençons par la polysémie.

doctrine [du sens clair] repose sur une pétition de principe. En effet, en cas de contestation sur la signification d'un texte, toute la question est de savoir s'il est clair ou non ; c'est précisément l'interprétation qui doit élucider cette question ».

⁵¹⁵ Sur ce point, v. *supra*, n° 152.

⁵¹⁶ M. VAN DE KERKHOVE, « Le sens clair du texte : argument de raison ou d'autorité ? », *art. préc.*, p. 299, (en italique dans le texte) ; du même auteur, « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », *art. préc.*, p. 15.

⁵¹⁷ *Ibid.*, p. 304 ; *Ibid.*, p. 19.

⁵¹⁸ Sur la notion de « contexte », v. *supra*, n° 198 et s.

⁵¹⁹ En ce sens, v. M. VAN DE KERCHOVE soutient une positions très voisine de la nôtre, *ibid.*, pp. 304-307 ; *ibid.*, pp. 19-22. Mais nous pensons qu'il est possible de nuancer encore davantage la notion d'indétermination sémantique, v. *infra*, n° 291.

a) La polysémie

284. Un mot polysémique (un polysème) est « *un mot rassemblant plusieurs significations* »⁵²⁰. Or, loin d'être accidentelle, la polysémie du langage ordinaire paraît être un phénomène universel⁵²¹. Le langage du droit, qui n'est qu'un usage particulier du français ordinaire, ne reste pas épargné par ce phénomène⁵²². Les travaux de M. CORNU sont, à cet égard, très évocateurs. L'auteur écrit que « *la polysémie est, dans le vocabulaire juridique comme ailleurs, un phénomène irréductible. L'essentiel est de comprendre que la polysémie n'est pas une complication accidentelle et marginale du droit, mais un état profond et rayonnant, enraciné un peu partout dans le champ du vocabulaire juridique* » (souligné par l'auteur)⁵²³. Regardons-y d'un peu plus près.

285. En droit, les mots monosémiques (les monosèmes), c'est-à-dire les mots qui n'ont qu'un seul sens, sont rares. M. CORNU nous apprend que la majeure partie de ces monosèmes sont aussi des termes « *d'appartenance juridique exclusive* »⁵²⁴. Ces derniers peuvent être définis comme des termes qui n'ont qu'une seule ou plusieurs significations « *au regard du droit* » (souligné par l'auteur)⁵²⁵. Or, il semblerait, d'après notre auteur, que si la majeure partie des monosèmes est faite de mots d'appartenance exclusive, l'inverse soit tout aussi vrai. Parmi ces termes d'appartenance exclusive, qui n'ont aucun sens en dehors du

⁵²⁰ V. NYCKEES, *La Sémantique*, op. cit., p. 194. La définition ci-dessus est une définition au sens large de la polysémie. Au sens strict, un mot polysémique est « *un mot qui rassemble plusieurs sens entre lesquels les usagers peuvent reconnaître un lien* » (ibid.). Cette définition plus restreinte de la polysémie a l'avantage de permettre une distinction de la polysémie avec l'homonymie. Les mots homonymes sont des mots qui rassemblent plusieurs sens mais entre lesquels « *il ne paraît pas possible d'établir une relation sémantique véritable* » (ibid.). Il en résulte que l'homonyme exprime « *une relation entre deux ou plusieurs mots tandis que la polysémie est une propriété d'un seul et même mot doté de plusieurs significations* » (exemple d'homonymie, *voler* « s'approprier le bien d'autrui » et *voler* « se mouvoir dans les airs ») (ibid.). Pour ce qui nous concerne, nous n'avons pas introduit dans le corps de notre texte la distinction entre polysémie (au sens strict) et homonymie, parce qu'elle n'apporte rien de plus à l'analyse que nous proposons sur le thème de la clarté et de l'obscurité de la loi.

⁵²¹ En ce sens, M. VAN DE KERKHOVE, « Le sens clair du texte : argument de raison ou d'autorité ? », art. préc., p. 305 ; du même auteur, « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », art. préc., p. 20.

⁵²² Sur ce point, v. supra, n° 143.

⁵²³ G. CORNU, *Linguistique juridique*, op. cit., n° 22, p. 108.

⁵²⁴ Ibid., n° 20, p. 93. Monsieur CORNU avance l'hypothèse qu'il n'existe pas plus de 400 (n° 16, p. 63) mots d'appartenance juridique exclusive dans tout le vocabulaire juridique qui compte plus de 10 000 mots (n° 14, p. 53).

⁵²⁵ Ibid., n° 16, p. 62.

vocabulaire juridique, figurent de nombreux termes de la procédure, tels les mots « ampliatif », « exequatur », « pourvoi », « compromissoire » etc.⁵²⁶. Sans étudier plus à fond le phénomène de la monosémie et de l'appartenance exclusive, il nous importe surtout de souligner l'enseignement qu'en tire M. CORNU : « *Ce lot [de termes d'appartenance exclusive] compte des termes utiles et intéressants. Mais il n'est pas représentatif du système juridique, car il ne regroupe pas les termes qui désignent les choses essentielles du droit. Dans une large mesure, il ne saisit même, dans le droit, que des éléments marginaux ou secondaires* »⁵²⁷. Bref, en droit, les termes d'appartenance exclusive, et donc les termes monosémiques, sont assez rares et n'affectent de surcroît que des notions marginales ou secondaires. L'appartenance exclusive et la monosémie ne font nullement la spécificité du vocabulaire juridique. Au contraire, la très grande majorité des mots du vocabulaire juridique est polysémique.

286. M. CORNU déclare que dans l'« *immense majorité* » des cas, les mots du vocabulaire juridique sont des « *termes à double appartenance* »⁵²⁸. Les termes à double appartenance sont des termes qui ont un sens au moins dans le vocabulaire juridique et au moins un autre sens dans le vocabulaire du langage ordinaire. Sans entrer dans le détail de ce phénomène, on remarquera, en particulier, que les termes fondamentaux du vocabulaire juridique sont marqués par cette double appartenance, et l'on pense à des mots-clé comme « loi », « équité », « juge », « contentieux », « contrat », « caution », « divorce » ou « tutelle »⁵²⁹. M. CORNU appelle ce type de polysémie une « *polysémie externe* »⁵³⁰ qu'il oppose au phénomène de la « *polysémie interne* »⁵³¹.

287. Il y a polysémie interne, lorsqu'un même mot a deux ou plusieurs significations dans le vocabulaire juridique. Le terme « cause » possède, par exemple, cinq sens juridiques⁵³². Cette polysémie interne, qui de surcroît se combine avec le phénomène de

⁵²⁶ V. les édifiantes listes de mots, *ibid.*, n°16, pp. 63 et. s.

⁵²⁷ *Ibid.*, n° 16, p. 68.

⁵²⁸ *Ibid.*, n° 17, p. 68.

⁵²⁹ En ce sens, v. *ibid.*, n° 17, p. 70.

⁵³⁰ *Ibid.*, n° 17, p. 69 (en gras dans le texte).

⁵³¹ *Ibid.*, n° 20, p. 88.

⁵³² En ce sens, *ibid.*, n° 21, p. 99 : « “Cause” désigne : - en matière de responsabilité civile, la cause du dommage [...] ; - dans le contrat, soit le mobile individuel et concret poursuivi par tel contractant (cause

la polysémie externe, est très importante dans le vocabulaire juridique. Elle affecterait à peu près « *les deux tiers de l'ensemble des termes juridiques* »⁵³³. D'où cette conclusion de M. CORNU : « *Il serait donc tout à fait erroné de se représenter la multiplicité des sens juridiques comme un phénomène secondaire et un accident du langage du droit. Par son volume et sa valeur [elle affecte tous les mots-clés du droit], la polysémie interne est une marque essentielle du vocabulaire juridique* » (souligné par l'auteur)⁵³⁴.

288. De la polysémie quasi-systématique des mots du vocabulaire juridique, il ne faudrait pas, toutefois, hâtivement conclure à leur obscurité quasi-systématique. La plupart du temps, la polysémie ne provoque pas d'amphibologie, c'est-à-dire d'ambiguïté de l'énoncé⁵³⁵. En effet, les auteurs remarquent que le contexte d'énonciation du mot permettra, la plupart du temps, d'éviter toute confusion, alors même que le mot est polysémique⁵³⁶. Par conséquent, un mot *a priori* obscur, car polysémique, paraîtra clair à son lecteur ou auditeur en raison du contexte dans lequel il est énoncé. Ce constat est important, parce qu'il démontre précisément que les notions d'obscurité et de clarté ne sont pas des notions absolues. Elles sont notamment relatives à leur *contexte d'énonciation*.

289. Une dernière remarque sur la polysémie des termes juridiques. Le phénomène massif de la polysémie des termes juridiques s'explique facilement. En effet, « *le nombre de signifiés est incommensurablement plus élevé que celui des signifiants. Les notions juridiques sont beaucoup plus nombreuses que les mots pour les nommer* »⁵³⁷. Cette disproportion

impulsive et déterminante), soit l'intérêt objectif que présente un type d'acte pour tout contractant (cause dite abstraite) [...] ; - dans la théorie générale des droits et des actions, le fondement juridique qui permet d'obtenir tel ou tel effet de droit, ex. : une cause de divorce, une cause de nullité [...] ; - dans la théorie de la demande en justice, la cause de la demande (N.C.P.C., art. 6 et 7) ; il s'agit alors de l'ensemble des faits que les parties invoquent au soutien de leurs prétentions ; - Dans tout procès, soit l'affaire, l'espèce, le cas, soit l'instance et le développement de la procédure ».

⁵³³ *Ibid.*, n° 20, p. 93. Nous ajoutons qu'un mot qui ne serait pas frappé de polysémie interne pourrait néanmoins être frappé de polysémie externe.

⁵³⁴ *Ibid.*

⁵³⁵ En ce sens, v. *Grand Larousse universel*, *op. cit.*, v° « Amphibologie » : « *construction maladroite qui rend le sens d'un énoncé équivoque, obscur ou ridicule (par ex. je porte des bonbons à mes enfants qui sont dans la poche de ma veste)* ».

⁵³⁶ En ce sens, v. M. VAN DE KERKHOVE, « Le sens clair du texte : argument de raison ou d'autorité ? », *art. préc.*, p. 305 ; du même auteur, « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », *art. préc.*, p. 20 ; V. NYCKEES, *La Sémantique*, *op. cit.*, p. 198 ; G. CORNU, *Linguistique juridique*, *op. cit.*, n° 20, pp. 95-96.

⁵³⁷ G. CORNU, *Linguistique juridique*, *op. cit.*, n° 22, p. 102. Sur la distinction signifiant-signifié, v. *supra*, n° 147 et s.

résulte, d'après M. CORNU, de la « *capacité analytique de la pensée juridique* » qui « *distingue, divise, subdivise* »⁵³⁸. La polysémie est, par conséquent, une « *nécessité* » précisément parce que le nombre de mots (signifiants) est considérablement inférieur à « *la puissance analytique de la pensée juridique* »⁵³⁹. De là suit encore qu'il paraît parfaitement illusoire de vouloir lutter contre la polysémie, car « *on n'élimine pas un phénomène aussi global* »⁵⁴⁰.

Mis à part le phénomène de la polysémie, il existe encore une autre caractéristique du langage ordinaire et juridique qui explique l'impossibilité d'une « *clarté en soi* » des termes. Il s'agit d'une indétermination qui est inhérente à nos concepts.

b) L'indétermination inhérente aux concepts

290. Le langage naturel et donc juridique s'avère caractérisé par une « *indétermination sémantique* » qui se révèle être « *irréductible* »^{541 542}. Cette indétermination correspond à ce que les auteurs anglo-saxons appellent la « *texture ouverte* » (*open texture*)⁵⁴³ du langage. Dans la même sens, la littérature juridique allemande distingue entre la « *périphérie du concept* » (*Begriffshof*) et le « *cœur du concept* » (*Begriffskern*)⁵⁴⁴. Ces théories affirment qu'il existe des « *cas type* » qui font évidemment partie de l'extension

⁵³⁸ *Ibid.*, n° 22, p. 103.

⁵³⁹ *Ibid.*, n° 22, pp. 103.

⁵⁴⁰ *Ibid.*

⁵⁴¹ M. VAN DE KERKHOVE, « Le sens clair du texte : argument de raison ou d'autorité ? », *art. préc.*, p. 307 ; du même auteur, « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », *art. préc.*, p. 22.

⁵⁴² Il semblerait que les concepts chiffrés indiquant une mesure (par exemple, 1 kilomètre), une durée (par exemple, 24 heures) ou une somme d'argent (par exemple, 1000 euros) constituent des concepts absolument clairs. En ce sens, v. K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, Berlin, Köln, Kohlhammer, Urban-Taschenbücher, 9^{ème} éd., 1997, K. VI, p. 138. Mais, il existe des usages moins clairs de ces concepts, par exemple, comme quand on dit « j'arrive dans une minute ».

⁵⁴³ *Ibid.*, p. 305 ; *ibid.*, p. 20 ; H. L. A. HART, *Le concept de droit*, traduit de l'anglais par M. VAN DE KERKHOVE, avec la collaboration de J. VAN DROOGHENBROECK et R. CÉLIS, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1976, n° 121 et s., pp. 155 et s.

⁵⁴⁴ Cette distinction remonte à Ph. HECK (*Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1914, p. 173) cité par K. ENGISCH (*Einführung in das juristische Denken*, *op. cit.*, K. VI, pp. 138-139). Adde, E. A. KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, Bern, Stäplfli, München, Beck, 1998, K. II, 2, bb), pp. 44-45.

d'un concept ou qui en sont évidemment exclus⁵⁴⁵. Mais, en même temps, des « *cas limite* » peuvent se présenter au regard desquels un concept peut s'avérer comme « *sémantiquement "indéterminé" ou "vague"* »⁵⁴⁶. De fait, il semble difficilement niable que certains cas sont évidemment couverts par la signification d'un mot (le mot « forêt » s'applique sans problème à 10 000 arbres), alors que pour d'autres cas la signification du mot paraît trop vague ou indéterminée (10 arbres constituent-ils une « forêt » ?). En résumé, « *à un noyau de signification relativement bien établi, s'oppose [...] une zone de "pénombre" où règne l'incertitude* »⁵⁴⁷.

291. Nous ne sommes pas sûrs, toutefois, que l'explication de l'indétermination sémantique du langage se réduise au seul phénomène des cas limite par opposition aux cas type. Les règles de droit ont aussi cette particularité d'être *générales* et *abstraites*, en sorte qu'il en résulte également, à notre sens, une indétermination de ce point de vue⁵⁴⁸. En effet, pour être appliquée à un cas d'espèce, toute règle doit toujours être concrétisée⁵⁴⁹. Or, la généralité et l'abstraction de ses termes peuvent être trop élevées pour guider cette concrétisation de la disposition. Il manque alors aux termes contenus dans la règle une ou plusieurs précisions sans que, pour autant, cette insuffisance semble liée à l'existence d'un cas limite. Tel est le cas, par exemple, du terme « loi » dans l'article 55 de la Constitution. Ce terme signifie-t-il loi « antérieure » ou loi « antérieure et postérieure »⁵⁵⁰ à un traité international. Nous ne pensons pas, en l'occurrence, qu'un raisonnement en termes de cas type soit, en l'espèce, opportun. Il ne paraîtrait pas convaincant de soutenir, suivant la théorie des cas limites et des cas type, que la « loi antérieure » serait un prototype de la « loi » et la « loi postérieure » un cas limite. Il manque tout simplement au mot « loi » une précision sémantique.

⁵⁴⁵ M. VAN DE KERKHOVE, « Le sens clair du texte : argument de raison ou d'autorité ? », *art. préc.*, p. 306 ; du même auteur, « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », *art. préc.*, p. 21.

⁵⁴⁶ *Ibid.*

⁵⁴⁷ *Ibid.* ; *ibid.*

⁵⁴⁸ Sur l'« abstraction » et la « généralité » des règles, v. *supra*, n° 69 et s.

⁵⁴⁹ Sur la notion de « concrétisation » de la norme, v° *supra*, n° 113 et s.

⁵⁵⁰ « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* » (nous soulignons). Ce problème d'interprétation du mot « loi » s'est posé dans les célèbres arrêts *Jacques Vabre*, de la Cour de cassation, et *Nicolo*, du Conseil d'État (cf. Ch. mixte, 24 mai 1975 ; Cons. d'État, 20 octobre 1989, *GADIP*, N° 55-56).

292. Ajoutons que, quelle que soit la source (cas limite ou généralité et abstraction) de l'indétermination de nos concepts, il ne sera jamais possible d'y remédier définitivement par une définition⁵⁵¹. Sans entrer dans le détail du sujet extrêmement complexe des définitions, en général⁵⁵², et des définitions juridiques, en particulier⁵⁵³, nous nous permettons simplement de souligner que les définitions se font, en principe, avec des mots⁵⁵⁴. Il n'est donc pas possible d'évacuer complètement l'indétermination de la signification d'un mot en le définissant avec d'autres mots, car les mots de la définition seront à leur tour indéterminés. Rien n'y serait changé bien sûr, si je me mettais alors à définir, avec des mots, les mots de la définition.

293. Quoiqu'il en soit, l'existence de cas type et de cas limite et l'écart entre le concret et l'abstrait, attirent notre attention sur cette considération essentielle que la clarté d'un mot s'apprécie aussi *au regard de la situation* concrète à laquelle on entend l'appliquer. La clarté d'un mot dépend donc de son *contexte d'application*⁵⁵⁵. Il en va de même de son obscurité, car si un mot n'est pas clair « en soi », il ne saurait pas plus être obscur « en soi ». Les spécialistes de la cassation n'ont pas manqué de relever cet aspect contextuel dans la notion de clarté : « *La clarté de l'écrit, [...], ne s'apprécie pas "en soi", mais par rapport aux*

⁵⁵¹ En ce sens, v. M. VAN DE KERKHOVE, « Le sens clair du texte : argument de raison ou d'autorité ? », *art. préc.*, p. 307 ; du même auteur, « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », *art. préc.*, p. 22.

⁵⁵² Sur ce thème, v. R. ROBINSON, *Définition, op. cit.* ; CELEX (Centre d'études du lexique), *La définition*, Paris, Larousse, coll. Langue et langage, Actes du colloque organisé par le CELEX à Paris les 18 et 19 novembre 1988, 1990.

⁵⁵³ Sur ce thème, v. S. BALIAN, *Essai sur les définitions dans la loi*, thèse dactyl., Paris II, 1986 ; Atelier de méthodologie juridique d'Aix-Marseille, « Les définitions dans la loi et les textes réglementaires », Cahiers de méthodologie juridique, n° 1 et n° 2, *R.R.J.* 1986.4 et 1987.4, v. en particulier J.-L. BERGEL, « Typologie des définitions dans le Code civil », *R.R.J.* 1986.4.31 ; G. CORNU, « Les définitions dans la loi », in *Mélanges dédiés à J. VINCENT*, Paris, Dalloz, 1981, p. 77 et s. ; Ch. EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *A.P.D.* 1966.25 ; Ch. ATIAS, « Définir les définitions juridiques ou définir le droit », *R.R.J.* 1987.4.1 ; M. VAN HEOCKE, « Définitions légales et interprétation de la loi », *Droit et Société*, 1988.93 ; M.-Ch. BOUTARD LABARDE, « Propos communautaires autour de deux mots : vocabulaire juridique et définition », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique, Écrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris, PUF, 1994, p. 25 ; J. RAY, *Essai sur la structure logique du Code civil*, thèse, Librairie Félix Alcan, 1926, pp. 217 et s.

⁵⁵⁴ On peut aussi concevoir une définition qui se fasse sans mots et que Richard ROBINSON appelle « *définition ostensive* » (*ostensive definition*). Elle consistera, par exemple, à prononcer un mot en pointant du doigt l'objet qu'il dénote. C'est de cette manière, semble-t-il, que les enfants commencent par apprendre le sens des mots (R. ROBINSON, *Définition, op. cit.*, pp. 117 et s.).

⁵⁵⁵ En ce sens, v. M. VAN DE KERKHOVE, « Le sens clair du texte : argument de raison ou d'autorité ? », *art. préc.*, p. 306 ; du même auteur, « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », *art. préc.*, p. 23.

données du litige », nous dit-on⁵⁵⁶. Ainsi, par exemple, lorsqu'un bailleur autorise par écrit un locataire à effectuer des travaux de « *réfection de façade* », il peut ne pas être clair de quel type de travaux il s'agit. Cependant, au regard des faits de l'espèce, il est parfaitement clair que le bailleur n'a pas autorisé son locataire à effectuer des travaux « *intérieurs* » consistant notamment en la démolition d'un plafond⁵⁵⁷. Bref, une expression peut ne pas être claire dans un cas, mais l'être dans un autre. La clarté et l'obscurité d'un texte ne sont donc pas des notions absolues. Elles sont relatives, nous le disions, à leur *contexte d'application*⁵⁵⁸.

Ce recadrage contextuel de la clarté et de l'obscurité devrait nous permettre de préciser davantage les sources éventuelles de l'obscurité de la loi et de critiquer en conséquence quelques idées reçues.

C. LES SOURCES POSSIBLES DE L'OBSCURITÉ DE LA LOI⁵⁵⁹

294. La *polysémie* est, nous l'avons vu, une première source possible d'obscurité de la loi. Cela dit, elle ne l'est pas nécessairement. Tout dépendra, nous venons de le voir, du contexte d'énonciation du mot. Il est donc inexact de prétendre, sans d'autres précisions, qu'un texte clair est celui qui n'est « *susceptible que d'un seul sens* »⁵⁶⁰. Si cette affirmation était exacte, la clarté du langage juridique serait exceptionnelle dans la mesure où la

⁵⁵⁶ J. BORÉ, L. BORÉ, *La cassation en matière civile, op. cit.*, n° 79.151.

⁵⁵⁷ Civ. 3^{ème}, 13 juin 1969, *Bull. civ.* III, n° 481.

⁵⁵⁸ V. LASSERRE-KIESOW, « La compréhensibilité des lois à l'aube du XXI^e siècle », *D. chron.* 2002.1158 : « *La compréhensibilité contextuelle signifie donc que, pour le juge, il n'y a donc pas de compréhension absolue d'un texte dont il suffirait de prendre connaissance pour pouvoir l'appliquer. La compréhensibilité d'un texte législatif par un juge est toujours relative, relative à des faits extérieurs qui ne cessent de narguer, comme des enfants qui grimacent, le texte enfermé dans son imperfection* ».

⁵⁵⁹ M. VAN DE KERCHOVE distingue trois sources d'obscurité : 1. les sources d'ordre sémantique (polysémie et indétermination), 2. les sources d'ordre syntaxique, 3. les sources d'ordre pragmatique (M. VAN DE KERKHOVE, « Le sens clair du texte : argument de raison ou d'autorité ? », *art. préc.*, pp. 309-311 ; du même auteur, « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », *art. préc.*, pp. 29-34). Nous nous inspirons de cette présentation que nous ne trouvons pas, néanmoins, tout à fait convaincante. En effet, toutes les sources d'obscurité sont d'ordre sémantique. L'obscurité est un doute sur le sens d'un ou de plusieurs mots ou phrases. Il semble que la « source d'ordre sémantique » dont fait état M. VAN DE KERCHOVE serait mieux désigné par l'expression « source d'ordre lexical ».

⁵⁶⁰ Pour des clauses contractuelles, v. p. ex. J. BORÉ, L. BORÉ, *La cassation en matière civile, op. cit.*, n° 79.151 ; A. BÉNABENT, *Droit civil, Les Obligations, op. cit.*, n° 274, p. 205.

polysémie y est quasi systématique et que la monosémie y est rare. De plus, cette affirmation est inexacte parce qu'un terme ou une phrase polysémiques peuvent être tout à fait claires au regard de leur contexte d'énonciation. La plupart du temps, la polysémie, dans un contexte d'énonciation donné, ne conduit pas à l'ambiguïté. Elle peut simplement le faire.

295. L'*indétermination inhérente aux concepts* est également, nous venons de le voir, une source d'obscurité. Mais il ne faudrait pas oublier que cette indétermination est révélée par les *faits de l'espèce*. La clarté ou l'obscurité d'un texte sont relatives à son contexte d'application. À notre sens, les faits de l'espèce sont même la principale source d'obscurité de la loi, dans la mesure où l'interprète s'interrogera habituellement sur le sens de la règle à l'occasion d'un cas déterminé. Certains juristes l'ont remarqué : « *le fait interroge la règle de droit* »⁵⁶¹, il est « *bavard* »⁵⁶², disent-ils. PORTALIS en avait prévenu : « *Un Code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plus tôt achevé que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat* »⁵⁶³. Bref, les faits d'espèces poussent constamment le juge à s'interroger sur la question de savoir si le sens du texte est de nature à les désigner et, par là même, ils poussent le magistrat à développer les significations.

296. La *syntaxe* peut également être une source d'obscurité⁵⁶⁴. Celle-ci se définit couramment comme l'« *étude des règles qui président à l'ordre des mots et à la construction des phrases, dans une langue* » ainsi que « *ces règles* » elles-mêmes (*Le Nouveau Petit Robert*). Or, l'enchaînement des mots et la construction de la phrase peuvent provoquer l'ambiguïté. En voici un exemple simple emprunté à Marc VAN DE KERCHOVE et tiré d'une loi fiscale. L'expression obscure parlait d'une « *réparation d'une perte de rémunération brute d'au moins 80 p.c.* »⁵⁶⁵. En l'occurrence, l'expression ne permettait pas savoir si les mots « 80 p.c. » s'appliquaient à la « *perte* » ou à la « *réparation* ».

⁵⁶¹ J. BORÉ, L. BORÉ, *La cassation en matière civile, op. cit.*, n° 60.03.

⁵⁶² Ph. BLONDEL, « Le fait, source de droit », in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drai*, Paris, Dalloz, 2000, p. 207.

⁵⁶³ J.-É.-M. PORTALIS, « Discours préliminaire sur le projet de code civil », in *Jean-Étienne-Marie Portalis, Écrits et discours juridiques et politiques*, p. 26.

⁵⁶⁴ En ce sens, v. M. VAN DE KERKHOVE, « Le sens clair du texte : argument de raison ou d'autorité ? », *art. préc.*, pp. 310-311 ; du même auteur, « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », *art. préc.*, pp. 30-32.

⁵⁶⁵ M. VAN DE KERKHOVE, « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », *art. préc.*, p. 31. Pour d'autres exemples d'ambiguïté syntaxique v. p. ex. les observations de M. VAREILLE sur l'article 220 al. 3 du Code civil où « *l'absence de toute virgule, en une si longue phrase, [...] a*

297. Certains auteurs ajoutent, à juste titre, que *le caractère déraisonnable ou l'absurdité des conséquences d'un texte* peut aussi être une source d'obscurité⁵⁶⁶. Nous retrouvons ici la distinction entre la lettre et l'esprit de la loi⁵⁶⁷. La lettre de la loi peut être parfaitement claire mais aboutir à des conséquences absurdes ou déraisonnables⁵⁶⁸, en sorte « *qu'il paraît évident que le législateur "n'a pas voulu dire ce qu'il a dit"* »⁵⁶⁹. L'obscurité résulte ici d'une dualité de sens entre, d'une part, la signification littérale qui implique des conséquences absurdes et, d'autre part, un sens implicite raisonnable élaboré à partir de l'esprit de la loi.

298. D'après M. VAN DE KERCHOVE, l'obscurité d'une loi pourrait encore résulter d'une *antinomie*. Il entend par antinomie « *la contradiction entre la norme prise au sens immédiat et les autres normes en vigueur* »⁵⁷⁰. Il nous semble qu'une telle antinomie, que notre auteur qualifie par ailleurs d'« *apparente* »⁵⁷⁰, résulte de la contradiction d'une norme, entendue en un premier sens (par exemple, le sens littéral), avec le sens retenu pour une autre norme. Cette opposition va créer un doute sur la signification de l'une ou de l'autre des règles en présence. En effet, le premier sens retenu conduit à l'opposition tandis qu'un autre sens permettra de l'éviter. Dans cette logique, l'obscurité résulte encore une fois de la dualité de sens. Une telle analyse, qui fait de l'incompatibilité entre normes un cas d'obscurité de la loi,

de quoi surprendre », (obs. sous Civ. 1ère, 9 mars 1994 et 12 juillet 1994, *RTDciv.* 1996, p. 223) ; *adde*, G. ROUZET, « Le point sur la virgule (art. 10, al. 1, de la loi du 17 mars 1909) », in *Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à Jean DERRUPPÉ*, GLN JOLY, Litec, p. 355.

⁵⁶⁶ En ce sens, M. VAN DE KERKHOVE parle de l'obscurité de source « *pragmatique* » (« Le sens clair du texte : argument de raison ou d'autorité ? », *art. préc.*, p. 311 ; du même auteur, « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », *art. préc.*, p. 32). *Adde*, F. TERRÉ, *Introduction générale au droit, op. cit.*, n° 546, p. 447.

⁵⁶⁷ Sur ce point, v. *supra*, n° 215 et s.

⁵⁶⁸ Trib. civ. Seine, 24 avril 1959, *J.C.P.* 1952.II.7108 : « *Attendu, en effet, que toute recherche de la volonté du législateur par voie d'interprétation est interdite au juge, lorsque le sens de la loi, tel qu'il résulte de sa rédaction, n'est ni obscur, ni ambigu, et doit par conséquent être tenu pour certain ; qu'il n'y aurait exception que si l'application du texte aboutissait à quelque absurdité* ». Pour un texte absurde, voir l'exemple d'un décret du 11 nov. 1917 dont l'art. 78 interdisait aux voyageurs « *de monter ou descendre ailleurs que dans les gares, stations, haltes ou aux arrêts à ce destinés et lorsque le train est complètement arrêté* » (nous soulignons), *Crim.*, 8 mars 1930, *D.P.* 1930.I.101, note VOIRIN. Ce texte interdisait donc au voyageur de monter et de descendre d'un train arrêté. *A contrario*, fallait-il qu'il en descendît lorsque le train était en marche !

⁵⁶⁹ M. VAN DE KERKHOVE, « Le sens clair du texte : argument de raison ou d'autorité ? », *art. préc.*, p. 311 ; du même auteur, « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », *art. préc.*, pp. 33-34.

⁵⁷⁰ Nous récusons l'idée d'antinomie « *apparente* », *infra*, n° 326 et s.

est parfaitement défendable. Cependant, personnellement nous avons choisi d'analyser les antinomies comme un problème de droit à part. Plus précisément, les antinomies constituent une espèce particulière d'un genre de problème plus vaste, celui des *conflits de lois*. Cette différence de traitement s'explique, à vrai dire, sans peine. La distinction entre problèmes juridiques est toute relative. Tous ces problèmes ne constituent, en définitive, que des figures d'un seul et même problème d'interprétation, en sorte que les distinctions entre espèces de problèmes paraissent floues. Nous y reviendrons. Mais une dernière source d'obscurité de la loi mérite encore d'être signalée.

299. L'obscurité et la clarté d'un texte peuvent, enfin, être dus à un facteur tellement évident que l'on pourrait l'oublier et qui tient à la personnalité de l'interprète, à sa compétence ou à sa perspicacité. M. PESCATORE l'écrit fort bien : « *la question de savoir si un texte est clair ou obscur est une appréciation essentiellement subjective ; tout dépend de la perspicacité de l'interprète. Un interprète perspicace trouvera clair un texte difficile qui semble obscur à un homme moins intelligent ; par contre, il décèle des difficultés dans un texte qui semble parfaitement clair à un cerveau plus superficiel* »⁵⁷¹. Ce facteur subjectif, tenant à la personnalité du ou des interprètes, mérite encore quelques précisions⁵⁷². Il serait, en effet, intenable de faire dépendre la clarté ou l'obscurité d'un texte des seules qualités intellectuelles des interprètes, puisqu'alors un texte jugé clair par une très grande majorité deviendrait obscur du seul fait de son interprétation par une cervelle obscure. Et, à l'opposé, un texte généralement jugé obscur ne saurait devenir clair par la seule raison qu'il apparaît tel à un esprit supérieurement intelligent mais solitaire. Il en résulte, à notre sens, que le constat de clarté et d'obscurité nécessite toujours un accord entre plusieurs personnes moyennement raisonnables ou éclairées, même si cette moyenne peut se situer à un niveau élevé, comme c'est le cas, par exemple, au sein de la communauté des magistrats et des avocats. La nécessité de cet accord à plusieurs s'explique, car il ne sert à rien d'avoir raison tout seul.

⁵⁷¹ P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, op. cit., n° 224, p. 327. Adde, Ch. PERELMAN, *Logique, juridique, Nouvelle rhétorique*, op. cit., 1979, n° 25, p. 36 ; Y. PACLOT, *Recherche sur l'interprétation juridique*, thèse, dactyl., Paris, 1988, n° 423, p. 374 : « *il est des dispositions dont le sens échappe à ceux qui n'ont aucune formation juridique, - pour la raison essentielle que le langage juridique est un langage technique, doté d'un lexique propre - mais qui ne sont pas pour autant susceptibles d'interprétation en droit. Et inversement, il arrive souvent qu'une disposition, qui semble claire et univoque au profane, suscite néanmoins l'interprétation, car le juriste en perçoit avec acuité la pluralité de significations possibles* ».

⁵⁷² Le juge n'est pas le seul personnage susceptible de douter du sens des mots. En effet, il appartient à l'avocat d'« *inciter [le juge] à cultiver le doute et non à se croire dans le vrai* » (E. BARADUC, « L'avocat, garant de l'impartialité du juge ?... Ou quand la déontologie de l'un sert l'éthique de l'autre », in *La Cour de cassation, l'université et le droit, Mélanges en l'honneur du Président André Ponsard*, Paris, Litec, 2003, p. 47, n° 31) et de lui suggérer des interprétations raisonnables dans l'intérêt de son client.

L'interprète a besoin de l'autre ou des autres pour attester du caractère raisonnable de son interprétation. La clarté ou l'obscurité est donc le fruit d'un accord.

300. Que reste-t-il de nos concepts d'obscurité et de clarté de la loi après cette analyse critique ? Faut-il les abandonner et, par voie de conséquence, écarter l'idée d'un problème d'obscurité de la loi ? Il n'en est rien. Nous dirons avec M. VAN DE KERCHOVE, qu'« *un texte est obscur, dans un contexte d'énonciation et d'application donné, dès que, parmi les interprétations raisonnables qu'on pourrait en donner, certaines conduisent à des solutions divergentes* »⁵⁷³. C'est donc la divergence entre interprétations raisonnables, c'est-à-dire jugées comme telles par la communauté des interprètes, qui entraîne, dans un contexte d'énonciation et d'application déterminé, le caractère obscur de la règle juridique. À l'inverse, comme l'écrit PERELMAN, « *dire qu'un texte est clair, c'est souligner le fait qu'il ne soit pas discuté* »⁵⁷⁴. L'auteur précise que le texte est jugé clair « *comme il ne fait pas l'objet d'interprétations divergentes et raisonnables* »⁵⁷⁵.

301. En conclusion, l'on dira donc *qu'un texte est clair lorsqu'il ne fait pas l'objet d'interprétations divergentes et raisonnables dans un contexte d'application et d'énonciation déterminé*. À l'inverse, l'on affirmera qu'*il est obscur lorsque, dans un contexte d'application et d'énonciation déterminé, il fait l'objet de telles interprétations*. À partir de ces définitions des *concepts* d'obscurité et de clarté de la loi, il devient facile de formuler le *problème* d'obscurité de la loi. Nous savons déjà que l'interprétation est l'activité qui consiste à attribuer de la signification à un texte⁵⁷⁶. Par conséquent, comme l'obscurité de la loi postule une pluralité d'interprétations et donc de significations divergentes mais raisonnables, *le problème d'obscurité de la loi pose la question du choix entre les différentes significations raisonnables mais divergentes d'un même texte dans un contexte d'énonciation et d'application déterminé*⁵⁷⁷.

⁵⁷³ M. VAN DE KERKHOVE, « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », *art. préc.*, pp. 38.

⁵⁷⁴ Ch. PERELMAN, *Logique, juridique, Nouvelle rhétorique, op. cit.*, n° 25, p. 36 ; *adde*, du même auteur, « L'interprétation juridique », *A.P.D.*, t. 17, 1972.30.

⁵⁷⁵ *Ibid.*

⁵⁷⁶ Sur ce point, v. *supra*, note n° 254 et *infra*, n° 451.

⁵⁷⁷ Rappelons qu'un problème est une question. Sur ce point, v. *supra*, n° 266.

Passons au problème suivant.

SECTION II

LE PROBLÈME DE CONFLIT DE LOIS

302. Nous allons, comme au paragraphe précédent, nous livrer d'abord à une étude du concept de conflit de lois (§ I). Ensuite, nous en ferons une appréciation critique (§ II).

§ I – LE CONCEPT DE CONFLIT DE LOIS

303. Nous établirons une définition en extension (B) et une définition en compréhension (A) du concept de conflit de lois.

A. – LA COMPRÉHENSION DU CONCEPT

304. *Il y a conflit de lois lorsque les présupposés de deux ou plusieurs règles de droit se recoupent pleinement ou partiellement, en sorte qu'elles sont applicables simultanément à une seule et même situation de fait*⁵⁷⁸. Cette définition du concept de conflits de lois, suggère celle du *problème* qui en résulte. En effet, du fait que plusieurs normes soient simultanément applicables à une seule et même situation de fait, il suit que *le problème de conflits de lois pose la question du choix entre les différentes combinaisons possibles des règles en concurrence*⁵⁷⁹.

⁵⁷⁸ Sur la notion de « présupposé », v. *supra*, n° 7. La définition ci-dessus est très proche de celle donnée par LARENZ et M. CANARIS: « *Die Tatbestände mehrerer Rechtssätze können sich in vollem Umfang oder teilweise decken, so dass ein und derselbe Sachverhalt von ihnen erfasst wird. Man spricht dann von einem **Zusammentreffen** oder einer **Konkurrenz** der Rechtssätze* » (*Methodenlehre der Rechtswissenschaft, op. cit.*, K. 2, 4, p. 87) (nous soulignons).

⁵⁷⁹ Nous verrons bientôt que les règles en concurrence pourront, le cas échéant, soit se cumuler, soit s'appliquer alternativement, soit s'appliquer au détriment les unes des autres (*infra*, n° 312 et s.).

305. En voici un exemple spectaculaire dont le Tribunal correctionnel d'Orléans avait à juger⁵⁸⁰. En l'espèce, un guérisseur était poursuivi pour *exercice illégal de la médecine*⁵⁸¹. Or, cette infraction était punie d'une amende de 12 000 à 60 000 francs et d'un emprisonnement de six jours à six mois⁵⁸², alors qu'en même temps l'article 63, alinéa 2, du Code pénal sanctionnait le délit de « refus d'assistance à personne en péril ». Plus précisément, le Code pénal punissait d'un mois à 3 ans de prison et de 1000 à 50 000 francs d'amende « *quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que sans risque pour lui et pour les tiers il pouvait lui prêter, soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours* »⁵⁸³. Or, comme le note, dans cette affaire, le tribunal, « *dans plusieurs cas, l'inculpé a soigné et guéri des malades en péril imminent de mort, pour lesquels les médecins ne pouvaient plus rien ; qu'il en est ainsi notamment dans les cas rapportés par les témoins [...] où l'inculpé a préservé d'une issue fatale de jeunes enfants atteint de poliomyélite ou de méningite* »⁵⁸⁴. Au regard de ces circonstances, et des deux textes susmentionnés, notre guérisseur, dont la compétence était avérée, se trouvait donc puni pour l'accomplissement de certains actes auxquels, pourtant, la loi l'obligeait, sous peine d'être... puni. Le conflit de lois fut, en l'occurrence, résolu en faveur du texte issu du Code pénal, c'est-à-dire de l'obligation de porter secours : « *Attendu que, affirme le tribunal, dans ces cas, l'inculpé, se connaissant le pouvoir de guérir, avait le devoir et donc le droit d'intervenir ; qu'en effet, il ne pouvait s'abstenir sans commettre le délit prévu et puni par*

⁵⁸⁰ Trib. corr. Orléans, 29 novembre 1950, *J.C.P.* 1951.II.6195, note J. LARGUIER ; *D.* 1951.246, note A. TUNC. Cet exemple est également cité par FORIERS (« Les antinomies en droit », in *Les Antinomies en droit*, Ch. PERELMAN (études publiées par), Bruxelles, Bruylant, Travaux du centre national de recherches de logique, 1965, pp. 29 et s.).

⁵⁸¹ La définition de l'infraction est fournie par l'article 8 de l'ordonnance n° 45-2184 du 24 septembre 1945 : « *Exerce illégalement la médecine : 1° Toute personne qui prend part habituellement ou par direction suivie, même en présence d'un médecin, à l'établissement d'un diagnostic ou au traitement de maladies ou d'affections chirurgicales, congénitales ou acquises, réelles ou supposées, par actes personnels, consultations verbales ou écrites ou par tous autres procédés quels qu'ils soient, ou pratique d'un des actes professionnels prévus dans une nomenclature qui sera fixée par arrêté du ministre de la santé publique pris après avis de l'Académie de médecine, sans être titulaire du diplôme d'Etat de docteur en médecine ou sans être bénéficiaire des dispositions spéciales visées au paragr. 1^{er} de l'art. 1^{er}, à l'art. 2, à l'art. 5 et à l'art. 70 de la présente ordonnance ; [...]* » (*D.* 1945.247).

⁵⁸² Ces sanctions sont prévues par l'article 12, alinéa 1, de l'ordonnance du 24 septembre 1945 : « *L'exercice illégal de la profession de médecin ou de chirurgien-dentiste est puni d'une amende de 12 000 à 60 000 fr. et, en cas de récidive, d'une amende de 60 000 à 120 000 fr. et d'un emprisonnement de six jours à six mois, ou de l'une de ces deux peines seulement. Pourra, en outre, être prononcée la confiscation du matériel ayant permis l'exercice illégal* » (*D.* 1945.247).

⁵⁸³ Le texte de l'article 63 de l'ancien Code pénal est cité par André TUNC, (note sous *jugement préc.*, p. 247) ; du même auteur, v. également le commentaire de l'ordonnance n° 45-1391 du 25 juin 1945 (*D.* 1946.33).

⁵⁸⁴ *Jugement préc.*

l'article 63 du Code pénal »⁵⁸⁵. Avant d'étudier plus en avant les diverses espèces de conflits de lois, deux remarques nous paraissent encore utiles.

306. La première remarque est d'ordre terminologique. Certains seraient peut-être tentés de critiquer l'expression « conflit de lois ». En effet, lorsque deux ou plusieurs règles sont simultanément applicables à un même cas d'espèce, celles-ci ne se trouvent pas nécessairement dans un rapport conflictuel. Les effets juridiques qu'elles ordonnent peuvent s'avérer parfaitement conciliables⁵⁸⁶. Ainsi, par exemple, la victime d'un dol peut-elle demander aussi bien la nullité du contrat sur le fondement de l'article 1116 du Code civil que des dommages et intérêts pour faute sur le fondement de l'article 1382 du même Code. La littérature juridique allemande emploie d'ailleurs des expressions comme « *concurrency de normes* » ou « *rencontres de normes* »⁵⁸⁷, expressions qui ont l'avantage d'englober d'autres rapports que des rapports de pure opposition.

307. Il n'empêche que la littérature juridique francophone ne semble s'être intéressée qu'aux formes les plus radicales de rencontre de normes qu'elle désigne sous le vocable d'« antinomies »⁵⁸⁸ ou d'« oppositions de normes »⁵⁸⁹. C'est la raison pour laquelle nous préférons la locution « conflits de lois ». Celle-ci, bien sûr, ne désigne pas seulement les conflits qui peuvent naître entre lois parlementaires, mais tous les conflits entre *règles* du droit positif. De plus, cette expression a le mérite d'être suffisamment large pour ne pas englober uniquement des situations d'opposition radicale de normes. Enfin, elle est bien connue du droit français qui régleme déjà les « conflits de lois dans le temps » et les « conflits de lois dans l'espace »⁵⁹⁰.

⁵⁸⁵ *Ibid.*

⁵⁸⁶ Sur ce point, v. *infra*, n° 313

⁵⁸⁷ K. LARENZ, Cl.-W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, *op. cit.*, K. 2, 4, p. 87 ; R. ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre*, *op. cit.*, K. II, § 7, p. 36.

⁵⁸⁸ En ce sens, v. p. ex. Ph. GÉRARD, « Antinomie », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, A.-J. ARNAUD (sous la dir. de), *op. cit.* ; Ph. MALAURIE, « Les antinomies des règles et de leur fondements », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle : études offertes à Pierre CATALA*, Paris, Litec, 2001, p. 25 ; Ch. PERELMAN (études publiées par), *Les Antinomies en droit*, *op. cit.* ; O. PFERSMANN, « Antinomies », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS (sous la dir. de), p. 67.

⁵⁸⁹ En ce sens, v. p. ex. A. JEAMMAUD, *Des oppositions de normes en droit privé interne*, thèse dactyl., Lyon III, 1975.

⁵⁹⁰ Sur ces « conflits », v. p. ex. F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, n° 500, p. 408 et n° 409, p. 415.

308. Ce sont les relations internationales qui sont susceptibles de faire naître un conflit de lois dans l'espace. Or, une relation ou situation est internationale à partir du moment où elle « *présente à l'organe étatique qui la contemple – juge, officier de l'état civil, notaire, préfet – un élément d'extranéité, c'est-à-dire un élément par lequel elle est en contact, serait-ce partiellement, avec un ordre juridique étranger* »⁵⁹¹. Ainsi, est internationale pour le juge français, la relation entre deux époux de nationalité italienne, domiciliés en France ou encore la succession à laquelle sont appelés des héritiers de nationalité française et comprenant des immeubles situés en Suisse⁵⁹². Dans de telles relations internationales, le conflit de lois naît du fait que plusieurs législations étatiques sont susceptibles de régir les questions soulevées par ces relations (par exemple, en matière successorale la loi applicable aux biens meubles laissés par le *de cuius* sera la *loi du dernier domicile du défunt*, la loi applicable aux immeubles la *loi de leur situation*, appelée *lex rei sitae*). De tels conflits de lois sont résolus par un *droit spécial* qu'est le *droit international privé*⁵⁹³ au coeur duquel se trouvent, précisément, les règles de conflits de lois⁵⁹⁴.

309. Cette petite explication permet aussi de comprendre qu'il existe une « *différence fondamentale* »⁵⁹⁵ entre les conflits de lois dans le temps et les conflits de lois dans l'espace. En effet, dans le conflit de lois dans l'espace, les *lois* en conflits sont, en fait, des législations étatiques, des *ordres juridiques* (par exemple l'ordre juridique français et un ordre juridique étranger), tandis que dans le conflit de lois dans le temps, ce sont des *règles* d'un seul ordre juridique qui entrent en collision⁵⁹⁶. Elles entrent en collision parce qu'elles ont toutes les deux vocation à régir les mêmes faits, la règle nouvelle succédant à une règle ancienne. Plus précisément, le conflit de lois dans le temps naît d'un problème de « *dispersion*

⁵⁹¹ P. MAYER, V. HEUZÉ, *Droit international privé, op. cit.*, n° 5, p. 4.

⁵⁹² Les deux exemples sont empruntés à *ibid.*, n° 5, p. 4.

⁵⁹³ MM. MAYER et HEUZÉ définissent le droit international privé comme « *le droit spécial, applicable aux personnes privées impliquées dans des relations juridiques internationales* » (en italique dans le texte) (*ibid.*, n° 2, p. 2).

⁵⁹⁴ Il est remarquable qu'un auteur qui a étudié les antinomies en droit international privé n'a pas remarqué que le droit international privé est lui-même l'exemple type d'un droit de solutions d'antinomies entre règles issues de deux ou plusieurs ordres juridiques et applicables à une même situation de fait (v. R. VANDER ELST, « Antinomies en droit international privé », in *Les Antinomies en droit, op. cit.*, p. 139).

⁵⁹⁵ J. HÉRON, « Étude structurale de l'application de la loi dans le temps », *RTDciv.* 1985.305, note n° 83.

⁵⁹⁶ *Ibid.*

des faits », pour reprendre une formule de HÉRON. C'est que certains faits, visés aussi bien par le champ d'application de la règle nouvelle que par celui de la règle ancienne, « *se sont déroulés avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle et d'autres après cette entrée en vigueur* » en sorte que la « *règle ancienne et la règle nouvelle peuvent l'une et l'autre prétendre régir ces faits* »⁵⁹⁷. Ce type de conflits est résolu par les règles du *droit transitoire*⁵⁹⁸ dont le principe figure à l'article 2 du Code civil⁵⁹⁹.

310. Le conflit de lois que nous examinerons dans les pages qui suivent, n'est pas un conflit de lois dans l'espace. Il ne s'agit pas d'un conflit de lois entre ordres juridiques mais d'un conflit de lois entre règles issues d'un même ordre juridique. Par ailleurs, nous ne nous intéresserons pas au problème spécifique soulevé par la dispersion des faits avant et après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, ce problème étant régi par les règles du droit transitoire. La catégorie des conflits de lois que nous examinerons en l'espèce est une catégorie résiduelle, en quelque sorte. Elle comprend les conflits de lois qui ne sont résolus ni par de droit international privé, ni par le droit transitoire, mais par des maximes classiques de l'interprétation juridique ou, plus largement, par un raisonnement interprétatif⁶⁰⁰.

311. Une deuxième remarque nous reste faire. C'est qu'un conflit de lois ne se produit pas nécessairement entre deux règles de droit isolées. Il peut également naître entre des *ensembles de règles*⁶⁰¹. Un exemple particulièrement éclatant de ce genre de conflit est celui de la rencontre des règles de la responsabilité délictuelle et des règles de la responsabilité contractuelle. L'inexécution d'une obligation contractuelle peut-elle constituer un fait générateur de responsabilité délictuelle ? La Cour de cassation, on le sait, a répondu par la négative à cette question en posant, ce qu'il est coutume d'appeler, le principe du « non

⁵⁹⁷ *Ibid.*, n° 40, p. 304. Adde, J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique, op. cit.*, p. 196.

⁵⁹⁸ Sur ces règles du droit transitoire, v. p. ex. J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique, op. cit.*, pp. 195 et s. ; F. TERRÉ, *Introduction générale au droit, op. cit.*, n° 511 et s., pp. 416 et s.

⁵⁹⁹ « *La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif* ».

⁶⁰⁰ Il est vrai que l'une de ces maximes a trait au temps : *lex posterior derogat legi priori*. Mais, cette directive n'est pas applicable à un problème de dispersion des faits dans l'espace. En effet, il ne nous est d'aucune utilité de savoir que la loi nouvelle déroge à la loi ancienne, lorsque les faits se sont produits aussi bien avant qu'après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. La maxime *lex posterior* ne permet pas alors de savoir quelle règle appliquer.

⁶⁰¹ Dans le même sens, K. LARENZ, Cl.-W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, K. 2, 4, p. 90.

cumul des responsabilités »⁶⁰². On en retiendra simplement que le conflit de lois ne se réduit pas nécessairement à un conflit entre règles isolées.

Passons à l'extension de notre concept et donc aux différentes espèces de conflits de lois.

B. – L'EXTENSION DU CONCEPT

Nous distinguerons d'abord entre diverses espèces de conflits de lois (a), avant de nous pencher sur le fait que ces conflits peuvent être plus ou moins intenses. C'est qu'il existe des degrés dans l'incompatibilité entre normes (b).

a) Les espèces de conflits de lois : les conflits cumulatifs, alternatifs et exclusifs

312. Comme les auteurs allemands, nous distinguons entre trois espèces de conflits de lois : les *conflits de lois cumulatifs* (*kumulative Gesetzeskonkurrenz*), les *conflits de lois alternatifs* (*alternative Gesetzeskonkurrenz*) et les *conflits de lois exclusifs* (*verdrängende Gesetzeskonkurrenz*)⁶⁰³. Cette distinction entre espèces de conflits de lois ne doit pas, toutefois, nous faire perdre de vue la définition en compréhension que nous venons de donner. Pour qu'il y ait conflit cumulatif, alternatif ou exclusif, il faut, bien sûr, que deux ou plusieurs dispositions soient simultanément applicables à une même situation de fait, à défaut de quoi il n'y aurait pas de conflit.

⁶⁰² Civ., 11 janvier 1922, GACIV, N° 177, p. 186 : « Mais attendu que c'est seulement en matière de délit ou de quasi délit que toute faute quelconque oblige son auteur à réparer le dommage provenant de son fait ; que les articles 1382 et suivants sont sans application lorsqu'il s'agit d'une faute commise dans l'exécution d'une obligation résultant d'un contrat ; [...] ». A l'opposé, le droit allemand ne connaît pas une telle règle du non cumul, mais une possibilité de cumul des deux responsabilités (en ce sens, v. F. FERRAND, *Droit privé allemand*, Paris, Dalloz, col. Précis, 1997, n° 362, p. 366).

⁶⁰³ En ce sens, v. p. ex. L. ENNECERUS, H. C. NIPPERDEY, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 1. Band, Tübingen, J. C. B. Mohr, 15^{ème} éd., 1959, § 60, p. 351 ; K. LARENZ, Cl.-W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, K. 2, 4, p. 87 ; R. ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre, op. cit.*, K. II, § 7, p. 36 ; K. LARENZ (begründet von), M. WOLF (vortgeführt von), *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, München, Beck, 8^{ème} éd., 1997, § 18, III, pp. 352-354.

313. *Il y a conflit de lois cumulatif lorsque les effets juridiques ordonnés par les règles en conflit peuvent être appliqués ensemble, c'est-à-dire cumulativement.* À titre d'exemple, imaginons un cas d'espèce où un individu signe un contrat le couteau sous la gorge. En l'espèce, l'on pourrait appliquer d'abord l'article 222-13 du nouveau Code pénal. Celui-ci dispose que « *les violences ayant entraîné une incapacité de travail inférieure ou égale à huit jours ou n'ayant entraîné aucune incapacité de travail sont punies de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende lorsqu'elles sont commises : [...] 10° Avec usage ou menace d'une arme [...]* ». En plus de cette disposition du droit pénal, l'article 1111 du Code civil permettra d'obtenir la nullité de la convention pour vice de violence. Il prévoit, en effet, que « *la violence exercée contre celui qui a contracté l'obligation, est une cause de nullité, encore qu'elle ait été exercée par un tiers autre que celui au profit duquel la convention a été faite* ». Enfin, la violence est également un délit civil qui ouvre droit à réparation. L'article 1382 du Code civil permettra par conséquent d'engager la responsabilité pour faute de l'auteur de la violence et d'obtenir des dommages-intérêts. Les trois effets juridiques prévus par les trois textes ci-dessus diffèrent certes, mais ne s'excluent nullement. Ils sont complémentaires et leur mise en œuvre peut être demandée cumulativement.

314. Assurément, le conflit cumulatif permet une autre variante. Ainsi admet-on que les responsabilités issues des articles 1382 et 1384 du Code civil puissent être cumulées⁶⁰⁴. Certes, cela ne signifie pas alors que les réparations seront cumulées, mais simplement qu'il est possible de cumuler « *les fondements juridiques permettant d'obtenir réparation* »⁶⁰⁵. Bref, il existe deux dispositions fondant une seule et même prétention : la réparation du dommage. Il faut donc distinguer selon que le conflit cumulatif aboutit à un cumul des fondements et des prétentions ou selon qu'il aboutit simplement à un cumul des fondements d'une seule et même prétention.

315. *Il y a conflit de lois alternatif lorsque les effets juridiques ordonnés par les règles en concurrence peuvent être appliqués au choix, soit l'un, soit l'autre, c'est-à-dire alternativement.* Voici un exemple très simple. D'après l'article 42, alinéa 1, du nouveau Code de procédure civile, la juridiction territorialement compétente est, en principe, celle où demeure le défendeur. Mais, d'après l'article 46 du même Code, le demandeur peut encore

⁶⁰⁴ En ce sens, v. p. ex. J. BORÉ, « Le cumul de la responsabilité du fait personnel et de la responsabilité du fait des choses », *J.C.P.* 1965.I.1961.

⁶⁰⁵ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 888, p. 864.

« saisir à son choix », par exemple « en matière délictuelle, la juridiction du lieu du fait dommageable »⁶⁰⁶. Il faut prendre garde à ne pas confondre le conflit alternatif avec le conflit cumulatif. Dans un conflit cumulatif, en effet, le plaideur peut choisir de ne fonder sa prétention que sur l'une des dispositions en concurrence. En d'autres termes le cumul n'est pas obligatoire et son choix est facultatif. Le conflit alternatif est autre. En ce cas, le plaideur ou le juge est contraint de choisir entre les dispositions en concurrence. S'il applique l'une, il ne peut appliquer l'autre et vice-versa. En d'autres termes, le choix est obligatoire.

316. Enfin, un conflit de lois est exclusif lorsqu'une des règles en concurrence est prioritaire pour les types de cas qu'elle désigne dans son présupposé, en sorte que l'autre règle s'en trouve définitivement exclue. Le conflit de lois exclusif est proche du concept d'antinomie que l'on a pu définir de la manière suivante : « il y a antinomie lorsque, dans le même système juridique, existent deux règles incompatibles, auxquelles on ne peut se conformer simultanément »⁶⁰⁷. Le conflit de lois exclusif et l'antinomie sont liés parce que la priorité accordée à l'une des règles en présence, s'explique par leur incompatibilité. Puisque les règles sont incompatibles entre elles, l'une est appliquée, prioritairement, au détriment de l'autre. Pourtant, sans parler des incertitudes conceptuelles qui entourent la notion d'antinomie⁶⁰⁸, nous pensons que le concept de conflit exclusif est mieux adapté à

⁶⁰⁶ Certes, notre lecteur pourrait nous reprocher que, en l'espèce, il n'y a pas de conflit alternatif pour la simple raison que le Nouveau Code de procédure civile a lui-même établi la possibilité du choix empêchant ainsi la naissance du conflit. Cette analyse est exacte, sauf que notre exemple illustre bien l'idée d'un choix obligatoire entre normes.

⁶⁰⁷ J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Introduction générale*, op. cit., n° 471, p. 438. Adde, Ph. GÉRARD, « Antinomie », art. préc., n° 2, p. 36, col. droite : « L'antinomie peut être définie comme la relation qui, tout en unissant deux normes qui prescrivent des solutions incompatibles à propos d'hypothèses qu'elles visent l'une et l'autre, rend impossible l'application simultanée des deux normes. Cette relation suppose donc : - que les normes en cause prescrivent des solutions incompatibles ; - que les domaines de validité ou champs d'application respectifs de ces normes coïncident en tout ou partie, de manière telle qu'il y ait au moins une situation dans laquelle ces normes soient toutes deux applicables ».

⁶⁰⁸ La définition de l'antinomie, que nous venons de citer, traite de « règles incompatibles ». Paul FORIERS envisage aussi l'antinomie « entre deux principes », sans qu'il explique la différence entre règles et principes (« Les antinomies en droit », art. préc., p. 21). Contrairement à ce qu'a pu écrire un illustre auteur (R. DWORKING, *Prendre les droit au sérieux*, préface P. BOURETZ, titre original, *Taking rights seriously* [1977], traduction de l'anglais par M.-J. ROSSIGNOL, F. LIMARE, F. MICHAUT, Paris, PUF, col. Léviathan, 1995, pp. 79 et s.), nous pensons qu'un « principe n'est qu'une règle » (P. AMSELEK, « Philosophie du droit et théorie des actes de langage », in *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, op. cit., p. 115, note 9. V. aussi nos propres considérations sur la notion de principe, supra, n° 121). Il en résulte qu'il n'y a pas de différence entre une antinomie de règles et une antinomie de principe. Certains auteurs relèvent également des « antinomies de valeurs » (N. BOBBIO, « Les critères pour résoudre des antinomies », in *Les antinomies en droit*, op. cit., n° 1, p. 240) ou des « antinomies des fondements » (Ph. MALAURIE, « Les antinomies des règles et de leur fondements », art. préc., pp. 29 et s.). M. MALAURIE en fournit un échantillon copieux, dont voici quelques exemples : la liberté et l'ordre public, le fait et le droit, le fort et le faible, le juste et l'injuste, la faute et le risque, les personnes et les choses, le consensualisme et le formalisme etc. Enfin, il existerait ce que l'on pourrait

l'hétérogénéité des situations concrètes de concurrence entre règles. En effet, il est des cas de conflit exclusifs où l'incompatibilité entre normes est loin d'être évidente. Dans ces cas, l'une des normes en présence prime sur l'autre, encore qu'elles ne paraissent pas se trouver dans un rapport antinomique. C'est que l'incompatibilité est susceptible de degrés.

b) Les degrés d'incompatibilité entre règles

317. À vrai dire, cette réflexion sur les degrés d'incompatibilité entre règles ne concerne pas les conflits de lois cumulatifs, puisque par hypothèse l'on ne saurait appliquer simultanément des règles incompatibles. Par contre, comme un conflit entre dispositions incompatibles peut se résoudre par un système de choix ou d'exclusion, l'on comprend que nos considérations sur les degrés d'incompatibilité entre normes concernent les conflits de lois alternatifs et exclusifs.

318. Nous avons déjà rencontré un cas d'opposition frontale entre normes⁶⁰⁹. Il s'agissait de l'affaire du guérisseur obligé par une disposition du Code pénal à apporter son secours à des malades en péril de mort, alors qu'une autre disposition lui interdisait d'accomplir les actes nécessaires à ce secours au titre de l'exercice illégal de la médecine. L'incompatibilité entre normes peut, toutefois, être moins accentuée. Revenons au vice de violence qui est une cause de nullité des conventions (a. 1111 C. civ.). D'après l'article 1112, alinéa 1, du Code civil « *il y a violence, lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent* ». L'alinéa 2 ajoute qu'« *on a égard, en cette matière à l'âge, au sexe et à la condition des personnes* ». Autrement dit, le premier alinéa de

appeler des « antinomies de raisonnement ». A leur sujet, un auteur écrit que « *l'on parle d'antinomie lorsque des prémisses acceptables conduisent le raisonnement vers des conclusions apparemment inacceptables* » (O. PFERSMANN, « Antinomies », *art. préc.*, col. gauche, p. 67).

En distinguant à côté des antinomies de règles, des antinomies de principes, des antinomies de valeurs ou de fondements et des antinomies de raisonnement, la notion d'antinomie devient passablement diffuse. Certes, il ne fait pas de doute que certaines règles peuvent être incompatibles avec certaines valeurs ou que l'on peut en tirer des conséquences incompatibles avec d'autres règles ou d'autres valeurs. Nous préférons, toutefois, pour sauvegarder la clarté de la notion d'antinomie, ranger ces autres cas de figure sous la notion plus générale d'incompatibilité (sur cette notion, v. *infra*, n° 671) et réserver le concept d'antinomie à des cas d'incompatibilité radicale entre règles.

⁶⁰⁹ Sur ce point, v. *supra*, n° 305 .

ce texte prévoit que *lorsque le juge apprécie l'existence du vice de violence* (présupposé), *il doit se livrer à une appréciation in abstracto* (l'effet), c'est-à-dire se référer au standard abstrait du bon père de famille, à la « *personne raisonnable* ». D'après le second alinéa, toutefois, *lorsque le juge apprécie l'existence du vice de violence* (présupposé), *il doit se livrer à une appréciation in concreto* (l'effet), en tenant compte de la situation individuelle de l'individu concerné. Reformulés de cette manière, il apparaît que les effets figurant dans les deux alinéas sont, ou du moins peuvent être, incompatibles. Les deux types d'appréciations peuvent ne pas aboutir au même résultat et alors le juge devra donner priorité à l'une d'entre elles. Pour sortir du conflit éventuel, la Cour de cassation a penché dans le sens d'une appréciation *in concreto*⁶¹⁰, c'est-à-dire pour l'« *individualisation judiciaire de la violence* »⁶¹¹.

319. Dans l'exemple qui précède, les conséquences juridiques attachées au présupposé sont des conséquences qui, d'une manière assez évidente, peuvent s'opposer, encore qu'elles ne le fassent pas nécessairement : l'appréciation abstraite et l'appréciation concrète peuvent éventuellement aboutir à la même solution. Mais il existe d'autres exemples plus subtils encore. Reformulé un tout petit peu, l'article 1386 du Code civil dispose que *lorsqu'un dommage est causé par la ruine d'un bâtiment et que cette ruine est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction* (présupposé), *alors le propriétaire du bâtiment est responsable* (effet). Ajoutons, sous une forme un peu remaniée, que l'article 1384, alinéa 1, du même Code prévoit que *lorsqu'un dommage est causé par le fait de la chose dont on a la garde* (présupposé), *alors le gardien de la chose en est responsable* (effet). Imaginons maintenant que, lors d'un cyclone, la toiture d'un immeuble soit arrachée et que les débris de celle-ci soient projetés sur un immeuble voisin causant des dégâts⁶¹². Le propriétaire victime souhaite alors obtenir réparation de son préjudice. La difficulté résulte ici du fait que les présupposés des règles se recoupent. De fait, l'article 1384, alinéa 1, est applicable, en principe, à toutes les choses inanimées qu'elles soient mobilières ou immobilières⁶¹³. Il peut donc s'appliquer à la toiture d'un bâtiment. Il en résulte une situation de concurrence entre l'article 1384, alinéa 1, et l'article 1386 qui ont tous deux

⁶¹⁰ Req., 17 nov. 1925, S. 1926.1.121, note A. BRETON.

⁶¹¹ F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 249, p. 254.

⁶¹² Ces faits sont tirés de Civ., 4 août 1942, *GACIV*, N° 191-192.

⁶¹³ En ce sens, v. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 766, p. 736.

vocation à s'appliquer à des bâtiments. Or, comme nous le verrons un peu plus tard, la Cour de cassation a fait prévaloir l'article 1386 sur l'article 1384 al. 1, dès lors que les conditions d'application en sont réunies. Cela veut dire que la juridiction suprême a analysé le rapport entre ces deux normes comme un conflit exclusif, alors même que les effets juridiques ordonnés par les deux dispositions sont conciliables. Mieux, ils sont identiques : ils ordonnent la réparation du dommage.

320. L'existence de tels degrés dans la collision des normes, nous fait préférer la notion de conflit de lois à celle d'antinomie. Mais de cette attitude critique nous ne concluons pas, pour autant, au rejet du concept d'antinomie. De fait, il ne serait pas seulement illusoire de vouloir bannir une expression courante du vocabulaire juridique ; la cause serait perdue d'avance. Mais surtout, il existe incontestablement des cas d'incompatibilité manifeste entre règles pour lesquels la notion d'« antinomie » est tout à fait adaptée – il en est ainsi de l'exemple du guérisseur. En résumé, l'« antinomie » est une notion non pas à bannir mais à manier avec circonspection.

Cette relativisation de la notion d'antinomie ne devrait pas nous empêcher de relativiser, à son tour, le concept de conflit de lois. Aussi bien, le soumettrons-nous désormais à un examen critique.

§ II – APPRÉCIATION CRITIQUE

321. L'examen critique du concept de conflit de lois nous conduit d'abord à mettre en évidence les incertitudes tenant à la constatation d'un conflit de lois (A). Ces premières considérations nous permettront alors de rejeter une distinction courante en doctrine suivant laquelle il existerait des conflits de lois « réels » et des conflits de lois « apparents » (B). Enfin, nous insisterons sur les difficultés inhérentes à la solution des conflits (C). Celles-ci sont, en effet, de nature à mettre en évidence toute la complexité du concept même de conflit de lois et de sa richesse.

A. – LES INCERTITUDES INHÉRENTES À LA CONSTATATION DES CONFLITS DE LOIS

322. Les incertitudes portant sur la constatation d'un conflit de lois sont de deux sortes. Elles tiennent d'abord à l'existence même du conflit de lois (a) et, ensuite, à sa qualification (b).

a) Les incertitudes relatives à l'existence d'un conflit

323. Quand nous avons traité du problème d'obscurité de la loi, nous remarquons que le constat de l'existence de cette obscurité était déjà une question d'interprétation des énoncés sur laquelle les esprits pouvaient diverger⁶¹⁴. Il en va exactement du constat de l'existence d'un conflit de lois. De fait, il ne fait pas de doute, puisque tout texte doit toujours être interprété avant que d'être compris⁶¹⁵, que *la constatation d'un conflit de lois présuppose déjà l'interprétation des règles en concurrence*. Là encore, un désaccord n'est pas exclu entre les interprètes⁶¹⁶. PERELMAN écrivait en ce sens que « *le fait que les antinomies supposent toujours une incompatibilité entre des textes interprétés explique qu'un désaccord puisse se manifester quant à l'existence de l'antinomie dans un cas déterminé, car celle-ci peut s'évanouir si l'on adopte une autre interprétation du texte* »⁶¹⁷. Bref, le constat de l'existence d'un conflit de lois est relatif. Il dépend de l'interprétation des textes retenue par l'interprète.

Mais l'incertitude inhérente à la constatation d'un conflit de lois n'affecte pas seulement son existence. De fait, il n'est pas exclu que l'on hésite sur le caractère cumulatif, exclusif ou alternatif d'un même conflit. Par conséquent, l'incertitude affecte également la qualification du conflit de lois.

⁶¹⁴ Sur ce point, v. *supra*, n° 281.

⁶¹⁵ Sur ce point, v. *supra*, n° 151.

⁶¹⁶ Ph. GÉRARD, « Antinomies », *art. préc.*, n° 3, p. 37, col. droite : « *la présence d'une antinomie ne peut être affirmée qu'à la suite d'une interprétation des dispositions en jeu* ».

⁶¹⁷ Ch. PERELMAN, « Essai de synthèse », in *Les Antinomies en droit*, *op. cit.*, p. 402. Adde, Ph. GÉRARD, « Antinomies », *art. préc.*, n° 3, p. 37, col. droite.

b) Les incertitudes relatives à la qualification d'un conflit

324. En examinant les différentes espèces de conflits de lois, nous avons classé les différents types de conflits de lois suivant la manière dont ils sont résolus. Soit, les règles en concurrence seront appliquées ensemble, et le conflit sera cumulatif, soit elles seront appliquées au choix, et le conflit sera alternatif, soit l'une d'entre elles sera appliquée au détriment de l'autre, et le conflit sera exclusif. La difficulté de ce classement tient alors au fait que l'on n'est pas capable de qualifier le conflit de lois avant de l'avoir résolu, puisque cette qualification dépend de la solution retenue (cumul, alternative, exclusion). Il en résulte, comme il peut être possible de résoudre un conflit de plusieurs manières différentes, qu'une même situation de concurrence pourra être qualifiée de plusieurs manières. Un exemple éclaircira notre propos.

325. Nous avons vu le cas de la concurrence normative entre l'article 1384, alinéa 1, et l'article 1386, entre la responsabilité du fait des choses et la responsabilité du fait de la ruine des bâtiments. En cas de dommage causé par le fait de la ruine d'un bâtiment, la Cour de cassation impose l'article 1386 au détriment de l'article 1384, alinéa 1, du moins lorsque la victime agit contre le propriétaire gardien du bâtiment en ruine⁶¹⁸. En conséquence, nous avons qualifié ce conflit « conflit de lois exclusif ». Mais la solution du conflit eût-elle été différente, sa qualification le serait aussi. L'on pourrait ainsi penser à une application cumulative des deux textes. Le conflit de lois serait alors un *conflit cumulatif*. Il n'en résulterait nullement un cumul des réparations, c'est-à-dire une réparation double, mais simplement un cumul des fondements d'une seule et même prétention : la réparation du dommage. Le conflit pourrait aussi s'analyser en un *conflit alternatif* et l'on pourrait laisser, par exemple, au demandeur ou au juge l'obligation de choisir l'une des dispositions en présence.

Retour à notre première appréciation critique : le constat de l'existence d'un conflit de lois est déjà une question d'interprétation des énoncés de normes en présence. Cette affirmation

⁶¹⁸ Sur ce point, v. *supra*, n° 319.

nous permettra, avec d'autres arguments, de rejeter la distinction entre conflits de lois « réels » et conflits de lois « apparents ».

B. – LE REJET DE LA DISTINCTION ENTRE CONFLITS « RÉELS » ET CONFLITS « APPARENTS »

326. Certains auteurs distinguent les conflits de lois « apparents » ou les antinomies « apparentes » des antinomies ou conflits de lois « réels »⁶¹⁹. Plus précisément, menant leur réflexion exclusivement sur le terrain des antinomies, ils soutiennent que l'antinomie est seulement « apparente » lorsqu'il existe un critère préétabli pour la résoudre. L'antinomie ne serait « réelle » que quand un tel critère n'existe pas. Une telle analyse nous semble intenable. FORIERS le dit très bien : « *Une chose est un problème, autre chose la solution de ce problème. Ce n'est pas parce que tel problème reçoit finalement une solution qu'il n'existe pas. Je crois au contraire qu'il existe d'autant plus qu'il requiert une solution* »⁶²⁰. Aussi bien, c'est l'interprétation des énoncés de normes en présence qui conduira l'interprète à constater ou non l'existence d'un conflit de lois. Or, à partir du moment où l'interprétation conduit à admettre l'existence d'un tel problème, celui-ci ne peut être que réel et exigera une solution.

327. La thèse de la distinction entre conflits réels et conflits apparents aboutit, à vrai dire, à des conséquences absurdes. En effet, ne faudrait-il pas, en poussant le raisonnement jusqu'au bout, soutenir que toutes les antinomies ou conflits de lois ne sont jamais qu'apparents puisque, en définitive, chacun d'entre eux est susceptible d'être résolu⁶²¹. Or, si toutes les antinomies sont apparentes, il n'est plus possible de les opposer à de prétendues

⁶¹⁹ En ce sens, v. p. ex. Ph. MALAURIE, « Les antinomies des règles et de leurs fondements », *art. préc.*, p. 26 : « *Il n'y a donc pas d'antinomie lorsqu'une règle a une autorité plus grande que l'autre : l'une s'applique, non l'autre : ainsi en est-il des conflits de lois dans le temps ou de la hiérarchie des normes. [...] Ou bien encore lorsqu'il y a conflit entre une règle générale et une règle spéciale : specialia generalibus derogant. Il n'existe alors aucune antinomie : une seule règle s'applique* » ; R. VANDER ELST, « Antinomies en droit international privé », *art. préc.*, p. 141 et p. 179 ; Ph. GÉRARD, « Antinomie », *art. préc.*, n° 4, p. 38, col. droite.

⁶²⁰ P. FORIERS, « Les antinomies en droit », *art. préc.*, p. 24.

⁶²¹ En ce sens, v. *ibid.* : « *une seule norme est finalement applicable* ». Adde, N. BOBBIO, « Les critères pour résoudre des antinomies », in *Les Antinomies en droit, op. cit.*, n° 1, p. 237 : l'auteur prend « *position vis-à-vis de la confusion de ceux qui estiment que l'on ne peut pas parler d'antinomies dans un système, lorsque le système contient des critères pour leur solution. Au contraire, la présence dans un système de critères, explicites ou implicites, pour la solution des antinomies, présuppose la possibilité des antinomies [...]* ».

antinomies « réelles ». Au surplus, l'existence de critères de solution préétablis ne résout pas nécessairement le conflit, puisque la mise en œuvre de ces critères est de nature à poser de graves difficultés.

C. – LES DIFFICULTÉS INHÉRENTES À LA SOLUTION DES CONFLITS DE LOIS

Dans un premier temps, nous nous appliquerons à présenter les critères classiques de résolution des problèmes de droit (a). Cette présentation nous conduira à mettre en lumière un autre type de conflit que les conflits de lois sont susceptibles de faire naître. Il s'agit des conflits de critères ou des conflits de second degré (b).

a) La présentation des critères classiques de résolution des conflits

328. Il existe un certain nombre de directives ou critères traditionnels permettant à l'interprète de choisir entre des règles en concurrence. Il s'agit du critère *chronologique*, du critère *hiérarchique* et du critère de *spécialité*⁶²². Ces critères sont souvent exprimés par des formules latines : *lex posterior derogat legi priori*, *lex superior derogat legi inferiori* et *lex specialis derogat legi generali*⁶²³. Or, l'application de ces directives ne va pas toujours sans poser problème.

329. La bonne compréhension du critère chronologique, selon lequel la loi postérieure déroge à la loi antérieure, suppose que l'on fasse la distinction entre l'*abrogation expresse* et l'*abrogation tacite* de la loi antérieure par la loi nouvelle. Si le texte ancien est explicitement abrogé par le nouveau texte ou si certaines dispositions anciennes sont formellement remplacées par de nouvelles, aucune difficulté ne se pose⁶²⁴. La loi nouvelle est

⁶²² En ce sens, v. p. ex. N. BOBBIO, « Les critères pour résoudre les antinomies », in *Les Antinomies en droit*, *op. cit.*, n° 2, p. 241 ; Ph. GÉRARD, « Antinomie », *art. préc.*, n° 4, p. 38, col. gauche et droite.

⁶²³ En ce sens, H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, Paris, Litec, 4^{ème} éd., 1999, n° 202, p. 387 et n° 418, p. 843 ; Ph. GÉRARD, « Antinomie », *art. préc.*, n° 4, p. 38, col. gauche et droite.

⁶²⁴ En ce sens, v. H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, *op. cit.*, n° 202, p. 387.

appliquée, sans que notre critère chronologique ne présente un véritable intérêt⁶²⁵. Cette remarque fait apparaître le « *domaine propre* » de la directive *lex posterior* qui est celui de l'abrogation tacite⁶²⁶. En effet, « *à moins d'admettre que le législateur ait fait œuvre inutile ou incohérente, force est de considérer les règles anciennes comme abrogées, puisque les unes et les autres ne peuvent recevoir en même temps application* »⁶²⁷. A priori, l'application du critère chronologique paraît simple. La date d'une règle écrite est très facile à vérifier. Il suffit alors de comparer simplement la date des deux règles en conflit pour appliquer le texte le plus récent au détriment du texte plus ancien⁶²⁸. Les choses diffèrent quant à l'abrogation tacite de la loi ancienne par la loi nouvelle, puisque celle-ci « *n'opère que dans la mesure du strict minimum, dans la limite de l'inconciliable* »⁶²⁹. Il en résulte que la loi nouvelle n'abroge pas nécessairement la loi ancienne de manière intégrale, mais qu'elle y déroge simplement. Passons au critère hiérarchique.

330. Le critère tiré de la hiérarchie des normes s'attache au « *rang de l'autorité* »⁶³⁰ qui a édicté la norme. Ce critère, bien sûr, fait prévaloir la règle supérieure en rang sur la règle qui lui est inférieure. Or, l'application de ce critère hiérarchique peut susciter certaines difficultés. Nous pensons par exemple au conflit qui a pu naître entre une norme constitutionnelle et un engagement international. La Cour de cassation⁶³¹ et le Conseil d'Etat⁶³² ont penché en faveur de la supériorité, dans l'ordre interne, de la Constitution sur les traités internationaux, même si l'on peut également invoquer des arguments en sens inverse⁶³³.

⁶²⁵ Bien évidemment, nous n'ignorons pas que l'application de la loi nouvelle à des situations nées antérieurement à son entrée en vigueur, mais subsistant au-delà, est susceptible de poser de difficiles problèmes à résoudre par le droit transitoire. Cependant, dans de tels cas, la directive *lex posterior* ne sera pas d'un grand secours, pas plus que la seule date d'entrée en vigueur de la loi.

⁶²⁶ En ce sens, v. H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français, op. cit.*, n° 202, p. 387.

⁶²⁷ *Ibid.*

⁶²⁸ En ce sens, v. N. BOBBIO, « Les critères pour résoudre les antinomies », in *Les Antinomies en droit, op. cit.*, n° 2, p. 241.

⁶²⁹ H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français, op. cit.*, n° 202, p. 387.

⁶³⁰ N. BOBBIO, « Les critères pour résoudre les antinomies », in *Les Antinomies en droit, op. cit.*, n° 2, p. 241.

⁶³¹ Ass. Plén., 2 juin 2000, *Fraise, Petites Affiches*, 2000, n° 201, p. 8, note B. LAMY, P. DEUMIER, *RTDciv.* 2000.672, obs. R. LIBCHABER.

⁶³² CE (Ass.), 30 octobre 1998, *Sarran, AJDA*, 1998.1098, chron. F. RAYNAUD, P. FOMBEUR, *D.* 2000.152, note E. AUBIN, *RDpubl.* 1999.919, note J.-F. FLAUSS, *RTDciv.* 1999.232, obs. N. MOLFESSIS.

⁶³³ En ce sens, v. p. ex. B. LAMY, P. DEUMIER, note *préc.*, p. 9 : « *l'on peut invoquer autant d'arguments en faveur de la solution strictement inverse, c'est-à-dire de la supériorité des traités sur la constitution* ».

La question soulevée par le critère hiérarchique n'est d'ailleurs pas toujours de savoir quel type de norme est supérieur à l'autre. Tout aussi importante est la question de savoir qu'elle est l'autorité compétente pour apprécier la compatibilité entre règles et pour trancher d'éventuels conflits. L'on sait, par exemple, que l'article 55 de la Constitution de 1958 dispose que « *les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ». Il ne fait donc aucun doute, au regard de cette règle, que l'autorité d'un traité prime sur l'autorité d'une loi parlementaire. Mais la question est ailleurs. Le juge judiciaire ou administratif peut-il être considéré ou non comme le destinataire direct de cette règle de conflit et refuser, en conséquence, d'appliquer une loi votée par le Parlement ? Il faut bien voir qu'en dépit de l'existence de l'article 55 de la Constitution « *la question reste entière de savoir si ce texte habilite ou non le juge à assurer le respect de la hiérarchie des normes qu'il édicte* »⁶³⁴. La Cour de cassation et le Conseil d'Etat ont fini, après avoir adopté, dans un premier temps, la solution inverse, par se reconnaître compétents pour contrôler la conformité des lois aux traités internationaux et donc pour écarter les lois contraires à une disposition issue d'un engagement international⁶³⁵.

331. La mise en oeuvre du critère de la spécialité peut susciter des difficultés plus sérieuses encore. M. CANARIS et LARENZ expliquent que deux normes se trouvent dans un rapport de spécialité « *lorsque le champ d'application de la norme spéciale s'éclot complètement dans le champ d'application de la norme plus générale, si donc tous les cas de la norme spéciale sont également des cas de la norme plus générale* »⁶³⁶. Le rapport de spécialité est donc un *rapport d'inclusion*. Le présumé de la norme spéciale est inclus dans le présumé de la norme générale. Plus précisément, la norme spéciale fonctionne comme une exception à la norme générale. Elle exclut un certain type de cas du champ d'application de la règle générale pour lui appliquer un effet propre. Pour ce faire, le présumé de la norme spéciale doit comprendre toutes les conditions d'application de la norme générale avec, en plus, au moins une condition d'application supplémentaire. En voici une illustration.

⁶³⁴ B. ANCEL, Y. LEQUETTE, note sous, Ch. mixte, 24 mai 1975, *J. Vabre* et CE (Ass.), 20 octobre 1989, *Nicolo*, *GADIP*, N° 55-56, n° 4, p. 456.

⁶³⁵ Ch. mixte, 24 mai 1975, *J. Vabre* ; CE (Ass.), 20 octobre 1989, *Nicolo*, *GADIP*, N° 55-56, p. 451.

⁶³⁶ K. LARENZ, Cl.-W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, *op. cit.*, K. 2, 4, p. 88.

332. L'article 222-11 du Nouveau Code pénal dispose que « *les violences ayant entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours [présupposé] sont punies de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende [effet]* ». Ce texte fait figure de disposition générale par rapport à l'article 222-12 qui suit : « *L'infraction définie à l'article 222-11 [présupposé identique] est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende [effet différent] lorsqu'elle est commise : 1° Sur un mineur de quinze ans ; [...]* [élément supplémentaire dans le présupposé] ». En l'occurrence, il est évident que les deux textes se trouvent dans un rapport de généralité à spécialité. La règle générale, l'article 222-11, comporte trois conditions d'application dans son présupposé : des violences, ayant entraîné une incapacité totale de travail, pendant plus de huit jours. La règle spéciale, l'article 222-12, énonce une condition d'application supplémentaire : la victime est un mineur de quinze ans. C'est cet élément supplémentaire qui permet d'isoler un certain type de cas, fonctionnant comme une exception par rapport à la règle plus générale. En l'occurrence, pour ce type de cas, les peines prescrites sont plus lourdes. Souvent, toutefois, les choses ne sont pas aussi simples.

333. Nous avons vu que l'article 1384, alinéa 1, du Code civil édicte un principe général de responsabilité du fait des choses. La mise en oeuvre de cette responsabilité nécessite, comme son nom l'indique, la démonstration qu'il y a eu *fait d'une chose* intervenant dans la réalisation du dommage. Sont concernées, en principe, toutes les choses inanimées, qu'elles soient meubles ou immeubles. Passons maintenant à l'article 1386 qui énonce une présomption de faute à l'encontre du propriétaire d'un bâtiment lorsqu'un dommage a été causé par la ruine de ce bâtiment et que cette ruine est due à un défaut d'entretien ou à un vice de construction. Il faut alors établir, non pas le fait d'une chose quelconque, mais *le fait de la ruine d'un bâtiment*. Reprenons alors un instant notre histoire des dégâts causés par une toiture arrachée par le vent et projetée sur des immeubles voisins. Cette toiture, ajoutons-le, se trouvait en un parfait état. Dans ce cas, la victime ne saurait invoquer l'article 1386 avec succès, car les conditions n'en seraient pas remplies : la ruine du bâtiment n'est pas due à un vice de construction ou à un défaut d'entretien. Le demandeur peut-il alors se prévaloir du bénéfice de l'article 1384, alinéa 1, en invoquant tout simplement le fait d'une chose ? La Cour de cassation a répondu négativement à la question en décidant que « *l'article 1386 du Code civil, visant spécialement la ruine d'un bâtiment pour imposer sans distinction au propriétaire la responsabilité de ce fait et la subordonner à la preuve d'un défaut d'entretien ou d'un vice de construction, exclut l'application de la disposition générale de l'article 1384,*

alinéa 1^{er}, relative à la responsabilité du fait de toute chose mobilière ou immobilière que l'on a sous sa garde » (nous soulignons)⁶³⁷. C'est l'application pure et simple de la directive *specialia generalibus derogant*. Le fait du bâtiment n'est autre chose qu'une espèce particulière de fait d'une chose.

334. Si évidente que cette présentation puisse sembler, elle ne reste pas moins discutable. Il est, en effet, possible de soutenir que la l'article 1386 et 1384, alinéa 1, ne se trouvent pas dans un rapport de spécialité, c'est-à-dire que le champ d'application du premier ne serait pas totalement inclus dans le champ d'application du second. De fait, l'article 1386 concerne la responsabilité du *propriétaire*, alors que l'article 1384, alinéa 1, concerne la responsabilité du *gardien*⁶³⁸. Or, le gardien peut ne pas être un propriétaire (par exemple un usufruitier ou le titulaire d'un droit d'usage) et le propriétaire peut ne pas être un gardien (nu-propriétaire). Trois types de responsables potentiels entrent donc sur scène : le *propriétaire gardien*, le *propriétaire non-gardien* et le *gardien non-propriétaire*. Il en résulte que l'on pourrait appliquer la responsabilité fondée sur la *garde* des choses de l'article 1384 au propriétaire *gardien* et au *gardien non-propriétaire*, tandis que l'article 1386 serait réservé au seul *propriétaire non-gardien*. En résumé, l'article 1386 viserait un autres cas de figure que l'article 1384. Leurs champs d'application seraient différents⁶³⁹. Par conséquent, ces deux textes, selon l'interprétation que l'on en retient, ne se trouvent pas nécessairement dans un rapport d'inclusion mais dans un *rapport d'intersection*. La Cour de cassation, toutefois, applique l'article 1386 au propriétaire « *sans distinction* », en sorte qu'il importe peu qu'il soit gardien ou non⁶⁴⁰.

335. Cet exemple a le mérite de souligner que la détermination de l'existence d'un rapport de spécialité peut poser de sérieuses difficultés d'interprétation des règles en concurrence. C'est d'ailleurs pour cette raison que le critère de la spécialité pose plus de

⁶³⁷ Civ., 4 août 1942, *GACIV*, N° 191-192, p. 248.

⁶³⁸ En ce sens, v. H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, note sous, Civ., 4 août 1942 et Civ. 2^{ème}, 23 mars 2000, *GACIV*, N° 191-192, n° 3, p. 251, n° 5, p. 252.

⁶³⁹ En ce sens, v. *ibid.*, n° 3, p. 251 : l'article 1386 « *établit une présomption à la charge du propriétaire, alors que l'article 1384, alinéa 1, concerne la responsabilité du gardien : les personnes responsables différant, les deux textes conserveraient un domaine distinct* » (nous soulignons).

⁶⁴⁰ Par contre, il importe que le prétendu responsable soit propriétaire pour l'application de l'article 1386. En effet, la Cour de cassation n'applique plus aujourd'hui l'article 1386 au gardien non propriétaire (Civ. 2^{ème}, 23 mars 2000, *GACIV*, N° 191-192, p. 249).

difficultés que le critère hiérarchique. Certes, ainsi que nous venons de le montrer, la mise en œuvre du critère hiérarchique peut aussi se compliquer. Mais il faut reconnaître que le nombre de problèmes pouvant affecter « *le rapport hiérarchique entre les sources* »⁶⁴¹ du droit est limité par le nombre de sources. Il en va tout autrement du critère de la spécialité qui suppose l'interprétation des règles de conduite en présence. Or, l'inflation considérable des règles de conduite, multiplie, en proportion, les risques de conflit. Pour revenir à notre exemple, nous pensons qu'il n'existe pas de rapport de spécialité entre l'article 1386 et l'article 1384, alinéa 1, contrairement à ce que soutient la juridiction suprême. De là on peut alors déduire que le cas du *propriétaire non gardien* relève de l'article 1386, et jamais de l'article 1384, alinéa 1. Le rapport entre les deux textes n'est donc pas un rapport d'inclusion, mais d'intersection. Seul le cas du *propriétaire gardien* est visé par les deux textes à la fois. En effet, le cas du *gardien non propriétaire* est, d'après la Cour de cassation elle-même, exclu du champ d'application de l'article 1386⁶⁴².

336. Lorsque les champs d'application de deux normes ne se trouvent pas dans un rapport de spécialité, et donc d'inclusion, mais dans un rapport d'intersection, la directive *specialia generalibus derogant* n'a plus lieu de jouer⁶⁴³. Au risque d'affirmer une banalité, cette directive se justifie par l'idée que si le juge appliquait la règle générale à la place de la règle spéciale, il abrogerait par là-même la règle spéciale qui est entièrement contenue dans le champ d'application de la norme plus générale. Or, cette conséquence disparaît, bien sûr, du moment où les deux règles se trouvent dans un rapport d'intersection. Dans ce cas, l'application de l'une d'entre elles, n'aboutit jamais à la suppression de l'autre. Plus simplement encore, lorsque le rapport de deux règles est un rapport d'intersection, notre directive n'a plus lieu de s'appliquer, parce qu'alors le rapport entre les normes en concurrence n'est plus un rapport de spécialité.

337. Si le critère de spécialité n'a pas lieu de jouer dans des situations d'intersection, il peut même ne pas jouer dans des situations où, pourtant, nous sommes en présence d'une règle spéciale par rapport à une règle générale. En effet, « *la réglementation spéciale peut être*

⁶⁴¹ N. BOBBIO, « Les critères pour résoudre les antinomies », in *Les Antinomies en droit*, op. cit., n° 2, p. 242.

⁶⁴² Civ. 2^{ème}, 23 mars 2000, *arrêt préc.* : « *Attendu que le premier de ces textes [l'article 1386 C.civ.] n'exclut pas que les dispositions du second soient invoqués à l'encontre du gardien non propriétaire* ».

⁶⁴³ En ce sens, v. K. LARENZ, Cl.-W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, op. cit., K. 2, 4, p. 89 ; R. ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre*, op. cit., K. 2, § 7, d), p. 39.

lacunaire, ce qui légitime le retour au droit commun sur le point non réglé »⁶⁴⁴. Dans ce cas, qui suppose, toutefois, que les effets prévus par les règles générales soient compatibles avec ceux des règles spéciales, on aboutit en fin de compte à un conflit cumulatif⁶⁴⁵. Il va sans dire que la constatation et la résolution d'un tel conflit cumulatif pourra poser des difficultés d'interprétation très subtiles. Pour preuve, le critère de la spécialité pourra se combiner avec l'un ou l'autre critère. Des conflits de critères ne sont donc pas exclus.

b) Les conflits de critères (les conflits de second degré)

338. L'applicabilité simultanée de plusieurs critères de solution de conflits de lois peut aboutir à un *conflit de critères* ou de *directives*. BOBBIO les a signalés comme « *antinomie[s] entre critères* » ou « *antinomies de second degré* »⁶⁴⁶. Selon l'illustre auteur italien « *l'antinomie entre critères a lieu si deux critères à la fois sont applicables à quelque conflit entre des règles, mais l'application de l'un conduirait à préférer la première des deux règles, tandis que l'application de l'autre conduirait à préférer la seconde* »⁶⁴⁷. Cette définition mérite un perfectionnement. En effet, il se peut encore, comme les critères sont au nombre de trois, que deux critères désignent ensemble une autre règle que le troisième. Il en résulte qu'il y a *antinomie ou conflit exclusif de second degré, lorsque les critères de solution prévus pour résoudre un conflit exclusif entre règles, ou une antinomie au premier degré, ne désignent pas ensemble la même règle à appliquer*. Un exemple déjà rencontré nous permettra d'illustrer le problème.

339. L'arrêt *Jacques Vabre* du 24 mai 1975, que nous retrouverons encore à maintes reprises sous l'appellation de l'« *histoire de la supériorité des traités* », posait le problème d'un conflit entre, d'une part, l'article 95 du Traité de Rome du 25 mars 1958 et, d'autre part,

⁶⁴⁴ H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, *op. cit.*, n° 418, p. 844. Adde, K. LARENZ, Cl.-W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, K. 2, 4, p. 88 ; R. ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre*, *op. cit.*, K II, § 7, c), p. 39.

⁶⁴⁵ MM. ROLAND et BOYER donnent l'exemple des règles spécifiques sur la saisie de navires (L. 3 janvier 1967 ; D. 27 octobre 1967) qui sont complétées par les règles générales sur les procédures civiles d'exécution (L. 9 juillet 1991 ; D. 31 juillet 1992) (*ibid.*).

⁶⁴⁶ N. BOBBIO, « Les critères pour résoudre les antinomies », *art. préc.*, n° 4, p. 253.

⁶⁴⁷ *Ibid.*

un article issu du Code des douanes. Or, la rédaction de l'article 265 du Code des douanes datait d'une loi du 14 décembre 1966. Autrement dit, la loi parlementaire incompatible avec le Traité de Rome était une loi *postérieure* au traité. Il en résultait que l'application de la directive *lex posterior derogat legi priori* désignait la loi parlementaire, tandis que la directive *lex superior derogat legi inferiori* aboutissait à faire prévaloir le traité. De plus, par rapport à la disposition douanière, l'article 95 du Traité de Rome semble bien être la disposition générale, puisque les termes du traité sont extrêmement larges⁶⁴⁸. En l'espèce nous avons donc un conflit de critères opposant le critère hiérarchique, d'une part, aux critères chronologique et de spécialité, d'autre part. La Cour de cassation a fait prévaloir le critère hiérarchique à l'encontre des deux autres, c'est-à-dire le traité sur la loi parlementaire.

340. Nous pouvons donner d'autres exemples de conflits entre critères. Un conflit de lois peut naître, par exemple, entre une *loi générale et antérieure* et une *loi spéciale et postérieure*. Dans ce cas de figure, le critère de spécialité aussi bien que le critère chronologique, désignent la même loi. C'était le cas pour la loi du 1^{er} septembre 1948 sur les loyers venant déroger au droit commun du bail prévu aux articles 1713 et suivants du Code civil⁶⁴⁹. La loi spéciale de 1948 a prévalu sur le droit commun pour les cas spécifiques qu'elle a réglementés, tout en laissant subsister, pour les autres cas, le droit commun.

341. Un conflit de critères peut encore naître entre une *loi générale et postérieure* et une *loi spéciale et antérieure*. Dans ce cas, le critère de spécialité désigne une autre règle que le critère chronologique. Il reste que la loi générale et postérieure n'abroge pas nécessairement la loi spéciale et antérieure, « *parce que la survie d'une exception n'est pas incompatible avec l'apparition d'une règle de principe postérieure* »⁶⁵⁰. Aussi, la loi du 21 mars 1884 relative aux syndicats professionnels n'a-t-elle pas été abrogée par la loi sur du 1^{er} juillet 1901 sur les associations⁶⁵¹. De cet exemple suivent deux considérations. En l'espèce,

⁶⁴⁸ « *Aucun État membre ne frappe directement ou indirectement les produits des autres États membres d'impositions intérieures, de quelque nature qu'elles soient, supérieures à celles qui frappent directement ou indirectement les produits nationaux similaires* [al. 1]. *En outre, aucun État membre ne frappe les produits des autres États membres d'impositions intérieures de manière à protéger indirectement d'autres productions* [al. 2] ». L'article 265 du Code des douanes issu de la rédaction d'une loi du 14 décembre 1966 énonçait que « *les produits repris aux tableaux A, B et C ci-après sont passibles d'une taxe intérieure de consommation dont le tarif est fixé comme suit : [...]* ».

⁶⁴⁹ L'exemple est emprunté à H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, op. cit., n° 202, p. 388.

⁶⁵⁰ *Ibid.*

⁶⁵¹ Exemple donné par *ibid.*

d'une part, la loi générale ne l'emporte pas sur la loi spéciale : *generalia specialibus non derogant*. D'autre part, le critère de spécialité l'emporte, en l'occurrence, sur le critère chronologique. Mais ces solutions n'ont « *pas une portée absolue* »⁶⁵². Comme l'écrivent MM. ROLAND et BOYER, le conflit doit être tranché, écrivent « *prioritairement par référence à la volonté du législateur* »⁶⁵³. Il se pourra par exemple que le législateur ait voulu abroger la loi spéciale antérieure par une loi générale postérieure⁶⁵⁴, ce qui serait le cas d'un législateur révolutionnaire édictant des lois générales venant abroger des privilèges reconnus à certaines catégories de personnes seulement. Bref, le conflit de critères pose, à son tour, un problème d'interprétation des textes.

342. Il suit de ces illustrations que l'on ne peut pas établir une hiérarchie rigide entre les critères de solution des conflits de lois et les différentes combinaisons dont ils sont susceptibles⁶⁵⁵. À vrai dire, le conflit de critères ne peut se résoudre que par un raisonnement interprétatif tenant compte d'une panoplie d'arguments qui dépasse, à la vérité, largement les trois critères traditionnels de solution des conflits de lois. Ainsi que nous le verrons dans la seconde partie de notre thèse, ce seront, entre autres, des arguments de compatibilité et des arguments conséquentialistes qui guideront le juge dans l'élaboration de la solution du conflit à résoudre.

343. En définitive, le concept de conflit de lois est donc loin d'être un concept évident. Outre les incertitudes affectant le constat de son existence et sa qualification, les critères destinés à le résoudre sont de nature à faire naître de nouveaux conflits : les conflits de second degré ou conflits de critères. Mais passons à l'examen d'une autre espèce de problème juridique récurrente dans l'activité de la réalisation du droit.

⁶⁵² *Ibid.*

⁶⁵³ *Ibid.*

⁶⁵⁴ *Ibid.*, n° 418, p. 845.

⁶⁵⁵ BOBBIO (« Les critères pour résoudre les antinomies », *art. préc.*) estime que le critère hiérarchique l'emporte toujours sur le critère chronologique (p. 254). Par contre « *dans les deux cas de conflit entre le critère de spécialité et le chronologique, et entre le critère de spécialité et le hiérarchique, la solution n'est pas automatique, mais on doit l'obtenir au moyen d'une interprétation* » (p. 257). Cette analyse n'emporte pas notre conviction. D'une part, il n'est pas assuré que le critère hiérarchique l'emporte toujours sur le critère chronologique. Par exemple, le juge français ne saurait écarter une loi parlementaire postérieure et incompatible avec la Constitution. Il n'a pas, en effet compétence, pour exercer un contrôle de constitutionnalité lequel est réservé au Conseil constitutionnel. D'autre part, nous l'avons déjà relevé, BOBBIO ne semble pas avoir remarqué que les critères ne s'opposent pas nécessairement un par un, mais qu'ils peuvent s'opposer deux par un.

SECTION III

LE PROBLÈME DE LACUNE DE LA LOI

344. Conformément à l'habitude que nous avons prise, nous examinerons d'abord le concept de lacune de la loi (§ I) avant de le soumettre à un examen critique (II).

§ I – LE CONCEPT DE LACUNE DE LA LOI

345. Il n'est pas aisé de donner une définition du concept de lacune de la loi en raison de la jungle conceptuelle qui règne en la matière⁶⁵⁶. C'est la raison pour laquelle nous suggérons de faire un premier pas, dans l'étude de ce concept, en le distinguant d'une autre notion avec laquelle il entretient des liens étroits sans pour autant s'identifier avec elle. Cette notion est celle du « silence » de loi. Ce n'est que par la suite que nous définirons le concept de lacune de la loi.

A. – LA DISTINCTION ENTRE LE SILENCE ET LA LACUNE DE LA LOI

346. La lacune de la loi n'est pas *seulement* le silence de la loi, contrairement à ce que pourrait laisser entendre l'article 4 du Code civil⁶⁵⁷. M. CANARIS et LARENZ enseignent qu'il existe un silence « *parlant* » ou « *significatif* » de la loi ('*beredtes Schweigen' des Gesetzes*)⁶⁵⁸. Il en résulte que la loi n'est nullement lacunaire pour la seule raison qu'elle ne contient pas de règle pour trancher un cas d'espèce. Au contraire, le silence du législateur peut signifier que ce dernier a entendu exclure de la réglementation un certain

⁶⁵⁶ Pour un aperçu rapide, mais parlant, v. M. VAN DE KERCHOVE, « Lacune », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, op. cit., n° 2, p. 336 ; pour le détail, v. Ch. PERELMAN (études publiées par), *Le problème des lacunes en droit*, op. cit.

⁶⁵⁷ « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du **silence**, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice » (nous soulignons).

⁶⁵⁸ K. LARENZ, CI.-W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, op. cit., K. 5, 2, p. 191.

type de cas. Le silence de la loi peut donc être *voulu*. À titre d'exemple, la loi n'impose pas d'obligation alimentaire entre frères et sœurs, ce qui ne signifie absolument pas que la loi est lacunaire, mais que « *le droit français a une conception assez restrictive du cercle de solidarité familiale* »⁶⁵⁹.

347. D'une manière plus générale, la loi n'est lacunaire, ajoutent nos auteurs allemands, que lorsque la « *question, dont il s'agit, est accessible à une réglementation et la nécessité* »⁶⁶⁰. Et effectivement, certaines questions ne sont simplement pas accessibles à la législation tels les « *processus et attitudes purement psychiques, les pensées, sensations, opinions, convictions religieuses, sympathies et antipathies* »⁶⁶¹. De tels phénomènes peuvent, certes, être pris en considération par la loi lorsqu'ils se combinent avec certains comportements qui les mettent en œuvre, mais ils ne peuvent pas l'être en tant que tels. De plus, il n'est pas nécessaire de réglementer certains comportements soit qu'ils ne nécessitent aucune régulation, soit qu'ils sont déjà régis par d'autres normes sociales, telles les mœurs ou les bonnes manières. Pour M. CANARIS et LARENZ il en va ainsi, par exemple, des « *formes de salutation et d'adieu, des formes d'allocution et de la réunion amicale, et, plus encore, de tout ce qui appartient au domaine du tact, du bon goût et des convenances* »⁶⁶². Ils ajoutent qu'une réglementation juridique dans ces domaines finirait par détruire les valeurs véhiculées par ces comportements. De fait, on voit mal la loi obliger les hommes à lever leur chapeau pour saluer les dames.

348. Cette idée que certains comportements échappent à toute législation, soit qu'ils n'y sont pas accessibles, soit qu'ils ne la nécessitent pas, nous renvoie à une théorie soutenue, essentiellement, par certains juristes allemands à la fin du 19^{ème} siècle et que François GÉNY appelait la théorie de « *la plénitude logiquement nécessaire de la législation écrite* » (*die logische Geschlossenheit des Rechts*)⁶⁶³. D'après cette théorie, la loi ne peut jamais être lacunaire car ou bien une situation tombe dans le champ d'application de la loi écrite, et alors le juge doit l'appliquer, ou bien elle lui échappe et alors la situation est soumise à une « *loi*

⁶⁵⁹ A. BÉNABENT, *Droit civil de la famille, op. cit.*, Paris, Litec, coll. Manuels, 11^{ème} éd., 2003, n° 873, p. 558.

⁶⁶⁰ K. LARENZ, Cl.-W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft, op. cit.*, K. 5, 2, p. 192.

⁶⁶¹ *Ibid.*

⁶⁶² *Ibid.*

⁶⁶³ F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, op. cit.*, t. 1, n° 81 bis, pp. 193 et s.

générale de liberté »⁶⁶⁴. Dans les deux cas, toutefois, la loi écrite aura fourni une solution soit directe, soit indirecte. Qu'un cas ne tombe pas alors sous l'emprise de la législation écrite, c'est qu'il appartient à une « *sphère vide de droit* » (*rechtsleerer Raum*)⁶⁶⁵. En conséquence, le demandeur sera débouté de sa demande.

349. Cette théorie qui nie l'existence des lacunes de la loi, nous paraît, après d'autres⁶⁶⁶, totalement insoutenable. Nous n'allons pas, toutefois, faire un examen à fond de la question qui nous mènerait trop loin et qui, à notre sens, n'est pas nécessaire. Deux réflexions nous suffiront. La première s'attache à un fait d'expérience, car de « *tout temps, semble-t-il, les juristes se sont rendus compte qu'il y avait des lacunes et ont cherché des solutions* »⁶⁶⁷. L'attitude de PORTALIS, le plus illustre des rédacteurs du Code civil, nous paraît, à ce sujet, particulièrement significative. À aucun instant, il ne nie l'existence des lacunes dans le Code qu'il vient de rédiger, mais, au contraire, les assume sans complexe. De célèbres formules de son *Discours préliminaire sur le projet de code civil* sont là pour en attester⁶⁶⁸ :

Nous nous sommes [...] préservés de la dangereuse ambition de vouloir tout régler et tout prévoir. Qui pourrait penser que ce sont ceux mêmes auxquels un code paraît toujours trop volumineux, qui osent impérieusement prescrire au législateur la terrible tâche de ne rien abandonner à la décision du juge ?

[...] Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés, qu'**il est impossible au législateur de pourvoir à tout** (nous soulignons).

⁶⁶⁴ *Ibid.*, n° 81 bis, p. 194. *Adde*, par exemple, Ch. HUBERLANT, « Les mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi », *art. préc.*, p. 32.

⁶⁶⁵ *Ibid.*, n° 81 bis, p. 196.

⁶⁶⁶ En ce sens, v. p. ex. *ibid.*, n° 81 bis, pp. 195 et s. ; Ch. HUBERLANT, « Les mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi », *art. préc.*, pp. 34 et s. ; P. FORIERS, « Les lacunes du droit », in *Le problèmes des lacunes en droit*, *op. cit.*, pp. 15 et s.

⁶⁶⁷ J. GILISSEN, « Le problème des lacunes du droit dans l'évolution du droit médiéval et moderne », in *Le problèmes des lacunes en droit*, *op. cit.*, p. 244.

⁶⁶⁸ J.-É.-M. PORTALIS, « Discours préliminaire sur le projet de code civil », in *Jean-Étienne-Marie Portalis, Écrits et discours juridiques et politiques*, *op. cit.*, p. 25.

350. Sans pousser plus en avant l'argumentation tirée de l'expérience pratique des juristes, nous ferons encore une remarque d'ordre théorique. Elle s'inspire du fait de la généralité des règles de droit et du *processus de concrétisation* qui en résulte⁶⁶⁹. Comme nous l'avons démontré, l'application de la loi exige que l'interprète négocie l'écart entre la généralité et l'abstraction de la norme et le cas singulier et concret. Cet écart trahit encore une fois le caractère structurellement lacunaire de toute législation écrite. L'application des normes implique l'actualisation de leur signification, le passage de leur sens abstrait à un sens concret⁶⁷⁰. Or, cette concrétisation nécessite l'intervention indispensable d'un interprète établissant le lien entre, d'une part, la norme et, d'autre part, le cas particulier. En ce sens, la loi s'avère, pourrait-on dire, structurellement lacunaire.

351. Nous pensons que ces remarques, d'ordre théorique et pratique, établissent à suffisance l'existence des lacunes dans la loi. Il n'empêche que la théorie de « l'espace libre de droit », qui visait à nier l'existence des lacunes, comporte, quand même, une petite part de vérité. Elle met, en effet, l'accent sur le fait que toute situation n'est pas nécessairement régie par une règle de droit. Toujours est-il que cette explication ne se fonde nullement sur un postulat de complétude du droit, ni sur une quelconque « loi de liberté ». L'idée d'un « espace libre de droit » renvoie bien plutôt à notre idée de départ, à savoir qu'il peut exister un silence « significatif » ou « parlant » de la législation. Or cette idée s'avère indispensable pour définir les lacunes de la loi.

B. – LA DÉFINITION DU CONCEPT DE LACUNE

352. Nous proposerons deux sortes de définitions du concept de lacune, l'une en compréhension (a), l'autre en extension (b)⁶⁷¹.

⁶⁶⁹ Sur la notion de « généralité », v. *supra*, n° 71; sur la notion de « concrétisation », v. *supra*, n° 114.

⁶⁷⁰ Sur la distinction entre le « sens abstrait » et le « sens concret », v. *supra*, n° 185.

⁶⁷¹ Sur la distinction entre l'« extension » et la « compréhension » d'un concept, v. *supra.*, n° 268.

a) La compréhension du concept

353. *Il y a lacune dans la loi lorsqu'elle ne comporte pas de règle(s) permettant à l'interprète de résoudre un cas déterminé, alors qu'elle devrait la (ou les) contenir.* Pour qu'il y ait lacune, il ne suffit donc pas simplement que la loi soit silencieuse. Il faut en outre que ce silence soit accompagné d'« *un sentiment positif de dissatisfaction, de désapprobation* »⁶⁷². Bref, et beaucoup d'auteurs l'ont écrit avant nous, l'existence de la lacune suppose toujours un *jugement de valeur* : il *faudrait* une règle permettant de trancher le cas, mais celle-ci fait défaut⁶⁷³. Afin d'éviter tout malentendu, répétons encore une fois cette précision que par « loi » nous n'entendons pas seulement une règle de droit de source parlementaire. Nous entendons par ce terme toute règle de droit positif de quelque source qu'elle provienne. De plus, le terme loi a l'avantage de pouvoir désigner des ensembles de règles (par exemple, une loi sur les accidents de la circulation). Or, en fait de lacunes, ce sont aussi bien les règles de droit prises isolément ou les règles de droit prises par ensembles qui peuvent s'avérer insuffisantes ou inexistantes. D'où l'avantage de se servir du mot « loi » qui permet d'englober la richesse de ces situations.

354. Il résulte de notre définition des lacunes de la loi que si le silence est une condition nécessaire de la lacune, il n'en est pas la condition suffisante. Il faut, en plus du silence, que celui-ci soit jugé inacceptable. Cette constatation permet alors de rejeter certaines définitions courantes du concept de « lacune » comme, par exemple, celle du *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri CAPITANT : « *Lacune du droit ; point sur lequel la loi,*

⁶⁷². C. W. CANARIS, « De la manière de constater et de combler les lacunes de la loi en droit allemand », in *Le problème des lacunes en droit, art. préc.*, p. 162.

⁶⁷³ En ce sens, v. *ibid.* : « *Il y aura donc lacune, lorsque quelque chose fait défaut, alors qu'il devrait exister quelque chose* » (nous soulignons). Dans le même sens, A.-J. ARNAUD (sous la dir. de), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, op. cit.*, v. « Lacune » : « *Au sens strict, sorte d'incomplétude, état d'un système normatif qui n'est pas complet, c'est-à-dire qui ne contient pas de propositions définissant le statut déontique d'un cas déterminé, alors que cette présence était attendue (Ph. Gérard)* » (nous soulignons) ; v. aussi l'article accompagnant cette définition et signé M. VAN DE KERCHOVE : « *le critère de distinction entre vides de droit et lacunes juridiques ne pourra dès lors résider que dans le jugement de valeur que l'on porte sur l'absence d'une norme juridique en rapport avec une situation déterminée. Selon que cette absence est jugée satisfaisante ou non [...], l'on reconnaîtra l'existence d'un vide juridique ou d'une lacune* » (n° 5, p. 337) (nous soulignons) ; O. PFERSMANN, « Lacunes et complétude », in *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, col. gauche, p. 911 : après avoir remarqué que le mot lacune peut avoir plusieurs sens, l'auteur écrit qu'« *en une première acception, on dit qu'il y a lacune (parfois appelés 'vraies lacunes') lorsqu'un ordre juridique ne contient pas de norme dont on estime qu'il devrait la contenir (par exemple, une catastrophe a eu lieu et il n'y a aucune règle permettant de dédommager les victimes) [...]* » (nous soulignons).

muette ou insuffisante, a besoin d'être complétée par celui qui l'applique (grâce not. à d'autres sources) »⁶⁷⁴. Cette définition ne distingue pas, on l'aura remarqué, la lacune du silence. De plus, elle laisse croire que ce silence est un fait, constatable objectivement, et non pas une conclusion tirée d'un jugement de valeur. De manière plus évidente encore, on rejettera cette définition de Paul FORIERS qui écrivait que « nous disons généralement qu'il y a une lacune du droit (ou encore lacune en droit) lorsque manque dans un ordonnancement juridique une norme dont le juge puisse faire usage pour résoudre un cas déterminé ». Une telle lacune serait, pour notre auteur, « une lacune subie » qui s'imposerait « comme le fruit d'une constatation »⁶⁷⁵. Il faut rejeter fermement une telle définition, parce qu'elle oublie que le silence de la loi peut être un silence « significatif », « parlant » ou voulu et non une lacune.

355. Comme pour les concepts d'obscurité de la loi et de conflit de lois, la description du *concept* de lacune ne rend pas exactement compte de l'énoncé du *problème* de lacune. Aussi bien, un petit travail de reformulation s'avère-t-il nécessaire. Nous dirons ainsi, au regard de la définition du concept de lacune, que le problème de lacunes de la loi pose la question de savoir si le silence de la loi est un silence parlant ou voulu. Plus précisément, *en l'absence de règle(s) permettant de résoudre un cas déterminé, le problème de lacune de la loi soulève la question de savoir si la loi devrait ou non la (ou les) contenir.*

356. À bien y regarder, cette définition décrit un problème qu'il est possible d'analyser davantage. D'une part, le problème de lacune soulève, en effet, la question de savoir si le silence équivaut ou non à une lacune. D'autre part, en supposant cette fois-ci que la lacune existe, le problème de lacune pose aussi la question relative à son comblement. Or, rien n'exclut que plusieurs compléments de lacune soient simultanément concevables. L'analyse du problème de lacune permet donc d'isoler deux difficultés distinctes dont la première pose la question du choix entre le silence parlant et l'existence d'une lacune et la seconde la question du choix entre les divers compléments de lacunes concevables.

Après cette analyse du problème de lacune, il nous reste à examiner l'extension du concept de lacune.

⁶⁷⁴ G. CORNU (sous la dir. de), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v. « Lacune ».

⁶⁷⁵ P. FORIERS, « Les lacunes du droit », *art. préc.*, p. 9.

b) L'extension du concept

357. Nous voici plongés dans la jungle conceptuelle dont nous avons prévenu⁶⁷⁶. Pour nous en sortir, nous n'allons nullement essayer de faire un état complet des lieux. Un tel effort dépasserait largement l'objectif, somme toute assez modeste, que nous nous sommes assignés dans ce paragraphe. La classification que nous avons retenue est une classification traditionnelle. Elle a le mérite de la simplicité et se recoupe assez facilement avec d'autres classements que nous avons pu rencontrer. Elle divise la catégorie des lacunes en trois sous-catégories : les lacunes *intra legem*, les lacunes *praeter legem* et les lacunes *contra legem*⁶⁷⁷. Cette classification, nous la complèterons toutefois quelque peu. Rappelons encore qu'en vertu de la définition générale donnée plus haut, tous ces types de lacunes se caractérisent par le manque d'une règle *permettant* de trancher le litige. Ce qui ne veut pas dire nécessairement qu'aucune règle n'existe et ne vise le cas à trancher. Simplement, celle(s) dont l'interprète dispose ne suffise(nt) pas, en l'état, pour résoudre le cas litigieux. Elles ne sont pas, peut-on dire, opérationnelles.

358. *Il y a lacune intra legem* (appelée encore lacune « technique »⁶⁷⁸, de « construction »⁶⁷⁹, de « formulation »⁶⁸⁰, de « norme »⁶⁸¹) *lorsqu'une règle ou un ensemble de règles existantes ne peuvent être appliqués sans qu'il leur soit ajouté un complément qui devrait exister*⁶⁸². Que l'on ne s'y trompe pas. Il existe une ou plusieurs règles relatives au cas

⁶⁷⁶ Sur ce point, v. *supra*, n° 345.

⁶⁷⁷ Cette classification est retenue, par exemple, par Ch. PERELMAN, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, *op. cit.*, n° 30, p. 47 et s. ; E. A. KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, *op. cit.*, III, 4, p. 139 et s. Toutefois, nous avons substantiellement remodelé ou complété la définition de chaque espèce de lacune.

⁶⁷⁸ En ce sens, v. O. PFERSMANN, « Lacunes et complétude », in *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, col. gauche, p. 911.

⁶⁷⁹ En ce sens, v. Ch. PERELMAN, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, *op. cit.*, n° 30, p. 47.

⁶⁸⁰ En ce sens, v. R. ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre*, *op. cit.*, K. III, § 11, I, a), p. 65. L'expression allemande est « *Formulierungslücken* ».

⁶⁸¹ En ce sens, v. K. LARENZ, Cl.-W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, K. 5, 2, p. 193. L'expression allemande est « *Normlücke* ».

⁶⁸² Cette définition est très proche de celle de la « lacune de la norme » (*Normlücke*) chez K. LARENZ, Cl.-W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, *op. cit.*, K. 5, 2, p. 193. Pour ces auteurs il y a une telle lacune quand « *une norme législative ne peut, du tout, être appliquée, sans qu'il leur soit ajouté une détermination supplémentaire, dont la loi nous fait ressentir le manque* ». Nous pensons, cependant, que cette

particulier, mais celles-ci ne permettent pas, telles quelles, de trancher le cas litigieux. Par exemple, une loi prévoit la nécessité d'un décret pour en diriger l'application, mais le décret n'est jamais pris. Il se pourrait aussi, par exemple, qu'une Constitution prévoie la possibilité de révoquer les députés⁶⁸³ ou d'élire un président⁶⁸⁴, sans qu'aucune autre disposition ou ensemble de dispositions n'organise la procédure de révocation ou de scrutin.

359. Dans les exemples qui précèdent, une ou plusieurs règles manquaient pour permettre la mise en œuvre d'une ou de plusieurs autres règles existantes. Mais il faut ajouter dans la catégorie des lacunes *intra legem* la lacune inhérente à une règle unique. Tel est, par exemple, le cas lorsqu'une disposition d'une loi pose un présupposé sans lui attacher un effet juridique (complet). Ainsi, l'article 1167 du Code civil, instituant l'action paulienne, dispose que « [les créanciers] *peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits* ». On le sait, l'action paulienne permet à un créancier d'attaquer certains actes faits par son débiteur dans le but de l'empêcher d'organiser frauduleusement son insolvabilité (par exemple, Monsieur, en difficultés financières, donne tous ses immeubles à ses enfants pour les soustraire à l'appétit de ses créanciers). Le problème est que l'article 1167 ne précise pas les conséquences de l'« attaque », c'est-à-dire la nature de l'action en justice, que le créancier peut exercer. S'agit-il d'une action en *nullité* ou d'une action en *inopposabilité* contre l'acte d'appauvrissement ? L'action paulienne fait-elle disparaître l'acte frauduleux *par rapport à tous les créanciers* du débiteur - c'est l'hypothèse de l'action en nullité- ou bien ne le fait-elle disparaître que *par rapport au seul créancier qui exerce l'action*, en sorte que l'acte subsiste à l'égard des autres créanciers – et c'est l'hypothèse de l'inopposabilité ? La Cour de cassation a penché du côté de l'inopposabilité⁶⁸⁵. Il faudrait donc réécrire, pour le rendre opérationnel, l'article 1167 du Code civil en lui ajoutant un complément : « [Les créanciers] *peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits afin que ces*

définition est trop restrictive parce qu'elle semble ne viser que les lacunes à l'intérieur d'une règle unique (« *ein einzelner Rechtssatz* » ist « *unvollständig* »). Il nous semble, qu'au-delà de ce cas de figure, *une ou plusieurs règles* peuvent nécessiter en complément une ou plusieurs autres règles pour être appliquées.

⁶⁸³ Exemple emprunté à Ch. PERELMAN, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, op. cit., n° 30, p. 47.

⁶⁸⁴ Exemple emprunté à O. PFERSMANN, « Lacunes et complétude », *art. préc.*, col. gauche, p. 911.

⁶⁸⁵ Req., 28 août 1871, *GACIV* N° 236 ; de façon particulièrement nette, Com. 22 mai 1978, *Bull. civ.* IV, n° 139 : « *l'action exercée par le créancier [...], seul demandeur à l'action, avait pour effet de rendre inopposable à lui seul l'opération effectuée en fraude de ses droits* ».

actes leur soient déclarés inopposables ». Une dernière précision sur les lacunes *intra legem* peut s'avérer utile.

360. Parfois, l'on ajoute aux lacunes *intra legem* les notions indéterminées, comme l'« ordre public » ou les « bonnes mœurs » (art. 6 C. civ.), l'« intérêt de la famille » (art. 1397 C. civ.) ou le « bon père de famille » (art. 1728 C. civ.). C'est que pour de telles notions-cadre, « *investi par la loi d'une sorte de délégation, le juge est, beaucoup plus qu'un interprète, l'agent sur lequel la loi compte pour déterminer le contenu de la règle et dont l'intervention est nécessaire, puisque la détermination de la notion clé de la règle ne peut être faite sans lui [...]* »⁶⁸⁶. En d'autres termes, les concepts indéterminés seraient des « *lacunes de délégation* » (*Delegationslücken*)⁶⁸⁷. Qu'en penser ? Les concepts flous constituent-ils des lacunes de la loi ?

361. Il n'existe pas, à notre sens, de réponse vraie ou fausse à cette question qui, en conséquence, s'avère « *sans portée pratique* »⁶⁸⁸. C'est ainsi que la doctrine majoritaire suisse considère que les concepts indéterminés sont des lacunes⁶⁸⁹, alors que les auteurs allemands « *n'y voient que des cas particulièrement difficiles d'interprétation* »⁶⁹⁰. Cette divergence dans la qualification des problèmes juridiques s'explique aisément. Comme nous le démontrerons, la distinction entre problèmes juridiques est tout à fait incertaine⁶⁹¹, en sorte qu'il est possible de voir dans le concept indéterminé aussi bien une lacune qu'un problème d'interprétation ou, plus exactement, d'obscurité. Nous le démontrerons au chapitre suivant. Aussi bien, ne nous y attardons plus et passons à une autre espèce de lacune.

⁶⁸⁶ G. CORNU, *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens, op. cit.*, n° 178, pp. 78. Le *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri CAPITANT ajoute même dans les lacunes *intra legem* « *le renvoi exprès [de la loi] à la coutume, aux usages, à la pratique : ex. la capacité d'usage du mineur* », G. CORNU (sous la dir. de), *op. cit.*, v. « lacune ».

⁶⁸⁷ E. A. KRAMER, *Juristische Methodenlehre, op. cit.*, III, 4, c), pp. 141-142.

⁶⁸⁸ C. W. CANARIS, « De la manière de constater et de combler les lacunes de la loi en droit allemand », *art. préc.*, p. 163.

⁶⁸⁹ E. A. KRAMER, *Juristische Methodenlehre, op. cit.*, III, 4, c), pp. 140-141.

⁶⁹⁰ C. W. CANARIS, « De la manière de constater et de combler les lacunes de la loi en droit allemand », *art. préc.*, p. 162.

⁶⁹¹ *Infra*, n° 416 et s.

362. Nous parlons d'une lacune *praeter legem* (appelée encore « vraie » lacune⁶⁹² ou lacune « ouverte »⁶⁹³) lorsqu'il n'existe pas du tout de règle(s) pour trancher le cas litigieux alors qu(e) une (de) telle(s) règle(s) devrait(en)t exister. Cette définition est très proche de celle du concept général de lacune. Mais, en l'occurrence, il n'existe pas de règle pour trancher le cas d'espèce, alors que la définition générale recouvre également le cas où des règles, quoique incomplètes, existent relativement à un cas donné. Une illustration typique de la lacune *praeter legem* est celle qui fut comblée par la règle jurisprudentielle de l'enrichissement sans cause⁶⁹⁴. Cette règle, « qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui »⁶⁹⁵, faisait, au demeurant, défaut dans certaines circonstances où une personne s'enrichissait au détriment d'une autre sans que ce enrichissement ne trouve une justification dans une opération juridique. Or, dans ce cas l'équité commandait de permettre à l'appauvri de s'en retourner contre l'enrichi. Tel est, par exemple, le cas du locataire insolvable, qui refuse de payer l'entrepreneur qui a rénové son appartement. Il en résulte pour l'entrepreneur, ayant effectué les travaux, un appauvrissement, tandis que le propriétaire de l'appartement rénové s'est enrichi sans que cet enrichissement ne soit juridiquement justifié⁶⁹⁶. En l'espèce, l'équité voudrait que l'entrepreneur puisse agir contre le propriétaire. Mais au départ, il n'existait pas dans le Code civil de disposition permettant de fonder une telle prétention. Le droit comportait donc une lacune, que nous qualifions de lacune *praeter legem*.

363. Le droit international privé fournit probablement les plus belles illustrations du comblement de lacunes *praeter legem*, parce qu'en la matière, la Cour de cassation a construit

⁶⁹² En ce sens, v. p. ex. O. PFERSMANN, « Lacunes et complétude », *art. préc.*, col. gauche, p. 911 ; P. FORIERS, « Les lacunes du droit », *art. préc.*, p. 9. Cette terminologie est empruntée à l'écrivain fondateur de E. ZITELMANN, *Lücken im Recht*, 1903, cité par K. LARENZ, Cl.-W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, K. 5, 2, p. 199. ZITELMANN distinguait entre les « *echte Lücken* », les vraies lacunes, et les « *unechte Lücken* », les fausses lacunes. Or, il est à remarquer que les vraies lacunes de ZITELMANN ne semblent pas recouvrir les lacunes *praeter legem*, mais seulement les lacunes *intra legem*. Pour ZITELMANN, qui admettait l'existence d'une loi générale de liberté, il ne pouvait, en effet, exister de lacunes *praeter legem*. Les fausses lacunes correspondent au cas des lacunes *contra legem*.

⁶⁹³ En ce sens, v. K. LARENZ, Cl.-W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, *op. cit.*, K. 5, 2, p. 199 ; E. A. KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, *op. cit.*, III, 4, d), p. 141. Ces auteurs parlent de « *offene Gesetzeslücken* ».

⁶⁹⁴ Sur ce point, v. *supra.*, n° 126 et s.

⁶⁹⁵ Req., 15 juin 1892, *GACIV* N° 227.

⁶⁹⁶ Il est vrai que si le contrat de bail, conclu entre le propriétaire et le locataire, contenait une clause attribuant au propriétaire le bénéfice des travaux à la fin du contrat de bail, alors ce contrat constituerait une cause juridique à l'enrichissement, en sorte que l'action *de in rem verso* serait irrecevable (A. BÉNABENT, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 491, p. 335).

un corps de règles à partir de quelques textes législatifs épars⁶⁹⁷. Par exemple, l'article 3, alinéa 3, du Code civil dispose simplement que « *les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étrangers* ». Cette règle de conflit de lois prévoit donc l'application de la loi française aux individus de nationalité française pour ce qui est des questions relevant de leur statut personnel (capacité, mariage, filiation...). Mais quelle loi fallait-il appliquer à la demande d'annulation d'un mariage formée, devant un juge français, par une épouse de nationalité américaine à l'encontre de son mari de nationalité espagnole au motif que ce dernier s'est révélé être un moine défroqué ? Plus précisément, quelle est la loi applicable à la question de la capacité matrimoniale d'un « capucin et diacre espagnol », sachant que sa loi nationale lui interdit le mariage ? En l'état, l'article 3, alinéa 3, s'intéressant aux seuls Français, ne permettait pas de répondre à la question, puisque les deux époux se trouvaient être tous les deux de nationalité étrangère. Il n'existait donc pas de règle pour trancher ce type d'affaire, alors qu'il eût dû en exister une. C'est du moins ce qu'a décidé, dans un très vieil arrêt, la Cour royale de Paris dans le célèbre arrêt *Busqueta* du 13 juin 1814⁶⁹⁸. Seulement dix ans après la codification de 1804, elle a décidé de *bilatéraliser* l'alinéa 3 dont la formule pouvait désormais s'énoncer ainsi : *le statut personnel d'une personne est régi par sa loi nationale*. Cette règle aboutit, en l'espèce, à désigner la loi espagnole et à reconnaître l'incapacité matrimoniale, et donc la nullité du mariage, du moine défroqué.

364. Il est intéressant de reconnaître que, dans cette affaire, comme dans celle relative à l'action paulienne, plusieurs solutions étaient envisageables pour combler la lacune. La Cour royale de Paris a, en l'occurrence, soumis les questions relevant du statut personnel à la loi de la *nationalité* de l'intéressé. D'autres solutions étaient, toutefois, envisageables. Aussi, conformément à la tradition de l'Ancien droit, la Cour aurait-elle pu opter pour la loi du *domicile* de la personne dès lors que celle-ci ne possédait pas la nationalité française⁶⁹⁹. Mais d'autres systèmes auraient pu être imaginés. On aurait pu dire « *que l'état et la capacité des personnes sont régis par la loi nationale (adoption du critère bilatéral de la nationalité), mais qu'en toute hypothèse, l'état et la capacité des personnes domiciliées en France sont*

⁶⁹⁷ En ce sens, v. B. ANCEL, Y. LEQUETTE, « Avant-propos », *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit internationale privé*, préf. H. BATIFFOL, Paris, Dalloz, coll. Grands arrêts, 5^{ème} éd., 2006, p. VII.

⁶⁹⁸ Cour royale de Paris, 13 juin 1814, *GADIP* N° 1.

⁶⁹⁹ En ce sens, v. B. ANCEL, Y. LEQUETTE, note sous, *arrêt préc.*, n° 4.

*régis par la loi française (critère unilatéral du domicile) »⁷⁰⁰. Il nous reste une dernière catégorie de lacunes à examiner, celle des lacunes *contra legem*.*

365. *Il y a lacune contra legem* (appelée encore « fausse » lacune⁷⁰¹, lacune « d'exception »⁷⁰² ou lacune « dissimulée »⁷⁰³) *lorsque le cas litigieux tombe, certes, dans le champ d'application d'une règle de droit existante, mais que cette règle ne s'avère pas adaptée parce qu'elle ne tient pas compte de la spécificité du cas d'espèce*. En d'autres termes, le champ d'application de la règle existante est trop large. Il faudrait une règle particulière pour régler le cas particulier, alors que cette règle n'existe pas. À titre d'exemple, on pourrait imaginer une règle interdisant formellement l'avortement⁷⁰⁴. Or, une telle règle pourrait s'avérer inadaptée et injuste pour le cas du médecin qui procède à un avortement pour sauver la vie de la mère. Une règle spéciale devrait donc autoriser l'avortement pour ce type de cas. Un autre exemple très important du droit français illustre ce type de lacune *contra legem*. Il s'agit précisément de la règle de la responsabilité du fait des choses tirée de l'article 1384, alinéa 1. Chacun sait que le seul principe de responsabilité prévu initialement par le Code civil était une responsabilité du *fait personnel*. Une victime devait, conformément aux articles 1382 ou 1383 du Code civil, établir la faute de la personne qu'elle estimait responsable de son préjudice. Mais l'insuffisance ou l'inadéquation de cette solution est devenue de plus en plus patente avec la multiplication des accidents anonymes dus au développement du machinisme et des accidents automobiles. Pour de tels accidents la preuve d'une faute à l'origine du dommage s'avérait souvent impossible à rapporter, en sorte que les victimes ne pouvaient prétendre à réparation. La prise en considération du *fait des choses* à côté du fait personnel correspond alors à l'ouverture d'une lacune *contra legem*. Il manquait une règle spécifique, établissant une responsabilité sans faute prouvée, qui tînt compte de la particularité des accidents anonymes des temps modernes.

⁷⁰⁰ P. MAYER, V. HEUZÉ, *Droit international privé, op. cit.*, n° 119, p. 86-87.

⁷⁰¹ En ce sens, v. P. FORIERS, « Les lacunes du droit », *art. préc.*, p. 9 ; ZITELMANN, *Lücken im Recht, op. cit.*, p. 19, cité par LARENZ, Cl.-W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft, op. cit.*, K. 5, 2, p. 199.

⁷⁰² En ce sens, v. E. A. KRAMER, *Juristische Methodenlehre, op. cit.*, III, 4, e), pp. 143-145. L'expression allemande est « *Ausnahmelücke* ».

⁷⁰³ En ce sens, v. K. LARENZ, Cl.-W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft, op. cit.*, K. 5, 2, p. 199. L'expression allemande est « *verdeckte Lücke* ».

⁷⁰⁴ Cet exemple est donné par R. ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre, op. cit.*, K. III, § 11, I, b), p. 66.

Nous ne pousserons pas plus en avant la conceptualisation des lacunes de la loi⁷⁰⁵. Au contraire, nous soumettrons, dès à présent, les concepts que nous venons de présenter à un examen critique.

§ II – APPRÉCIATION CRITIQUE

L'appréciation critique du concept de lacune portera d'abord sur les incertitudes relatives au constat même de l'existence d'un problème de lacune de la loi (A). Par la suite, elle mettra en lumière les hésitations pouvant peser sur la qualification de lacune constatée (B). Enfin, nous aurons encore à nous prononcer sur une difficulté spécifique posée par la catégorie des lacunes *intra legem* (C).

A. – LES INCERTITUDES RELATIVES AU CONSTAT DE L'EXISTENCE D'UNE LACUNE

366. Quand nous avons soumis à la critique le concept d'obscurité de la loi et le concept de conflit de lois, nous avons souligné que la *constatation* de l'existence de ces deux types de problèmes juridiques dépendait déjà de l'interprétation des énoncés de règles en présence⁷⁰⁶. Il en va de même de la constatation de l'existence d'une lacune de la loi et, cela, pour plusieurs raisons. Il nous paraît d'abord indiscutable que le constat d'une quelconque incomplétude de la loi, dépend déjà de la compréhension des règles existantes. Or, cette compréhension suppose l'interprétation des énoncés en présence⁷⁰⁷. De plus, si

⁷⁰⁵ Les auteurs allemands distinguent, par exemple, encore les « lacunes originelles » et « lacunes postérieures » (*anfängliche und nachträgliche Lücken*), « les lacunes conscientes » et les « lacunes inconscientes » (*bewusste und unbewusste Lücken*), les « lacunes de *lege lata* » et les « lacunes de *lege ferenda* », les « lacunes immanentes à la loi » et les « lacunes de politique juridique » (*gesetzesimmanente Lücken und rechtspolitische Lücken*), les « lacunes de la loi » et les « lacunes du droit » (*Gesetzeslücken und Rechtslücken*). Sur toutes ces distinctions, voir p. ex. E. A. KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, *op. cit.*, III, 4, b) et f), pp. 139 et 145 ; K. LARENZ, Cl.-W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, *op. cit.*, K. 5, 2, pp. 194-196 et 199. Adde, R. SAVATIER, « Les creux du droit positif au rythme des métamorphoses d'une civilisation », in *Le problèmes des lacunes en droit*, *op. cit.*, pp. 521 et s. ; P. FORIERS, « Les lacunes du droit », *art. préc.*, p. 25.

⁷⁰⁶ Pour l'obscurité, v. *supra*, n° 281 ; pour les conflits de lois, v. *supra*, n° 323.

⁷⁰⁷ Sur ce point, v. *supra*, n° 151.

l'interprétation des énoncés de normes aboutit au constat du silence de la loi au regard du cas particulier, il s'agira d'interpréter ce silence. C'est que le silence de la loi peut être significatif ou parlant⁷⁰⁸. La loi silencieuse, avons-nous dit, n'est pas nécessairement lacunaire. Il faudra, en conséquence, faire signifier ce silence : sous-entend-il que la question non réglée doit rester en-dehors de toute réglementation ou bien, s'agit-il, au contraire, de la réglementer ? Aussi bien, comme pour les autres problèmes juridiques que nous avons déjà rencontrés, la constatation de l'existence d'une lacune est affecté des aléas inhérents à toute interprétation et peut faire l'objet d'un désaccord entre interprètes.

367. La possibilité d'un tel désaccord quant à l'existence ou non d'une lacune se comprend d'autant mieux que l'on veut bien se remémorer le fait que la constatation d'une lacune est foncièrement tributaire d'un jugement de valeur. Il y a lacune dans la loi, disions-nous, lorsqu'elle ne comporte pas de règle(s) permettant à l'interprète de résoudre un cas déterminé, alors qu'elle *devrait* la (ou les) contenir⁷⁰⁹. En d'autres mots, il appartient à l'interprète de décider si la création d'une règle nouvelle est préférable à l'absence de règle. Or, cette décision est susceptible d'appréciations divergentes.

Ainsi que nous venons de le voir, les incertitudes liées à l'interprétation des énoncés de normes, à l'interprétation du silence de la loi et aux jugements de valeurs font peser, à leur tour, des incertitudes sur le constat même de l'existence d'une lacune. Mais une fois la lacune constatée, l'interprète pourra encore hésiter sur sa qualification au regard des différentes catégories de lacune.

B. – LES INCERTITUDES RELATIVES À LA QUALIFICATION D'UNE LACUNE

368. Il n'est pas aisé de distinguer entre lacunes *praeter legem* et lacunes *contra legem*. Il y a lacune *praeter legem* lorsqu'il n'existe pas du tout de règle de droit pour trancher un cas particulier, alors qu'une telle règle devrait exister. Une lacune *contra legem* existe

⁷⁰⁸ Sur ce point, v. *supra*, n° 346.

⁷⁰⁹ Sur ce point, v. *supra*, n° 353.

lorsque le cas litigieux tombe dans le champ d'application d'une règle de droit existante, mais que cette règle ne s'avère pas adaptée parce qu'elle ne tient pas compte de la spécificité du cas d'espèce. À titre d'exemple d'une lacune *contra legem* nous avons présenté le cas des accidents anonymes causés par des machines ou des automobiles. L'application de l'article 1382 paraissait insuffisante pour tenir compte de la spécificité de ce type d'accidents. En réaction à cette insuffisance, la doctrine et la jurisprudence sont allés trouver la règle manquante dans l'article 1384, alinéa 1.

369. Au lieu de présenter la responsabilité du fait des choses comme une exception venant, *contra legem*, restreindre le champ d'application de l'article 1382, on peut aussi considérer que le principe de la responsabilité du fait des choses est placé côte à côte avec le principe de la responsabilité du fait personnel. Sous cet angle, l'article 1384, alinéa 1, se présente alors comme une disposition nouvelle venant régler un cas pour lequel il n'existe pas de règle alors qu'une telle règle devrait exister. Dès lors, la lacune comblée serait une lacune *praeter legem*.

370. D'une manière plus générale, nous sommes d'accord avec M. CANARIS et LARENZ quand ils écrivent que la frontière entre ces deux espèces de lacunes résultera du rapport qui existe entre la règle manquante et une ou plusieurs règles tirées de la loi⁷¹⁰. Si la règle manquante se présente comme une restriction de la règle existante alors il y a lacune *contra legem*. Si elle ne constitue pas une telle restriction, elle en sera le complément, et alors on parlera de lacune *praeter legem*. Il reste que l'on peut hésiter sur la qualification de la lacune à retenir, parce que l'on peut hésiter sur le caractère exceptionnel ou non de la règle manquante. Cette dernière remarque en cache une autre d'ordre tout à fait général.

371. Il est, en effet, possible d'analyser toute règle de droit comme une restriction apportée à une autre règle de droit. Reprenons, pour le démontrer, notre exemple précédent. L'article 1382 pose trois conditions à la réparation du dommage en exigeant une faute, un dommage et un lien de causalité entre la faute et le dommage. Ces conditions indiquent le *champ d'application explicite* de la cette disposition. Mais, l'article 1382 comporte également un *champ d'application implicite*, parce qu'il peut être interprété *a contrario*. Sous cet angle, il affirmerait qu'il n'y pas lieu à réparer le dommage, si les trois conditions qu'il énonce ne

⁷¹⁰ En ce sens, v. K. LARENZ, Cl.-W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, op. cit., K. 5, 2, p. 198.

sont pas simultanément données. Si un tel raisonnement *a contrario* était pertinent, il faudrait voir dans toute règle nouvelle ordonnant la réparation du dommage à d'autres conditions que l'article 1382 une restriction du champ d'application de ce dernier. Autrement dit, toute règle nouvelle viendrait combler une lacune *contra legem*. Cependant, comme la pertinence d'un tel raisonnement *a contrario* est hautement douteuse, il est permis d'hésiter sur l'étendue exacte du champ d'application de l'article 1382. Par conséquent, il est difficile de déterminer avec certitude si la règle manquante en vient restreindre ou non le champ d'application, ce qui rejaille sur la qualification de la lacune à combler.

Il nous reste à faire face à une difficulté spécifique posée par la catégorie des lacunes *intra legem*.

C. – LA DIFFICULTÉ SPÉCIFIQUE POSÉE PAR LA CATÉGORIE DES LACUNES *INTRA LEGEM*

372. La lacune *intra legem* part du constat qu'une règle existe mais qu'elle ne peut être appliquée en l'état. Cette catégorie de lacunes paraît différente des autres types de lacunes parce que sa constatation paraît automatique : il manque, par exemple, une partie de l'effet juridique attaché au présupposé de la règle ou bien le décret d'application d'une loi n'a pas été pris. La constatation d'une telle lacune semble aller de soi. Un auteur allemand propose, en ce sens, de distinguer entre « lacunes de formulation » (*Formulierungslücken*) et « lacunes d'appréciation » (*Wertungslücken*)⁷¹¹, l'idée étant qu'en elle-même la formulation de la règle peut déjà trahir l'existence d'une lacune, sans qu'il soit, pour autant, besoin d'un jugement de valeur. Il va sans dire que l'existence de telles lacunes de formulation compromettrait notre définition générale du concept de lacune, puisque celle-ci exige, postule dans *tous* les cas, un jugement de valeur.

373. En vérité, il n'en est rien. Le constat des lacunes *intra legem* n'est pas automatique. Point n'est besoin de rappeler que même la constatation d'une telle lacune exige la compréhension et donc l'interprétation des énoncés de normes en présence. Mieux, le constat d'une telle lacune exige aussi un jugement de valeur. Il *faudrait* un complément pour

⁷¹¹ R. ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre*, *op. cit.*, K. III, § 11, I, a) et b), p. 65.

appliquer la ou les règles existantes, alors que ce complément fait défaut. La différence avec les lacunes *preater legem* et *contra legem* est simplement que, dans le cas présent, le jugement de valeur est impliqué, de manière plus ou moins directe, par le texte lui-même. En sorte que l'interprète pourrait se dire : « en l'occurrence, *il saute aux yeux* qu'une règle ou partie de règle fait défaut, alors qu'un tel complément *devrait* exister ». Bref, nous pensons que ce n'est pas parce qu'un jugement de valeur est facile à effectuer, qu'il n'existe pas. Ajoutons, qu'une fois la lacune *intra legem* constatée, le juge doit encore décider ou non de la combler. Là encore, le jugement à effectuer, nous paraît être un jugement de valeur. Cette dernière considération nous amène à une réflexion finale sur le problème des lacunes de la loi.

Il nous reste un dernier problème-type à examiner.

SECTION IV

LE PROBLÈME DE QUALIFICATION

374. Comme pour tous les problèmes juridiques précédents, nous allons d'abord présenter le concept de qualification (§ I). Nous le soumettrons ensuite à une analyse critique (§ II).

§ I – LE CONCEPT DE QUALIFICATION

Nous décomposerons l'étude du concept de qualification en deux temps. Dans un premier temps, nous en ferons une présentation générale (A). Ensuite, nous analyserons, un par un, les éléments de sa définition (B).

A. – PRÉSENTATION GÉNÉRALE DU CONCEPT

375. L'application de n'importe quelle règle de droit suppose la qualification de l'objet auquel on souhaite l'appliquer. Ainsi, par exemple, un sac arraché des mains d'une passante sera qualifié « vol » au regard de la loi pénale ; la cérémonie célébrée entre un homme et une femme devant le maire sera qualifiée « mariage » ; la rupture de fiançailles est éventuellement qualifiée « faute délictuelle », mais jamais « faute contractuelle » ; la relation entre le médecin et le client est qualifiée « contrat » et le médecin est tenu à l'égard de son patient d'une obligation qualifiée « obligation de moyens » et non « obligation de résultat ». Inhérente à l'application des règles de droit, la qualification juridique a inspiré bien des travaux de recherche⁷¹². Elle est, nous dit-on, au « cœur de la vie du droit »⁷¹³. Elle est sa « plaque tournante »⁷¹⁴, « la tâche principale et quotidienne du juge »⁷¹⁵ ou l'« activité centrale du juriste, absolument décisive dans l'exercice de la pratique juridique »⁷¹⁶. Bref, la qualification serait l'« opération fondamentale du raisonnement juridique »⁷¹⁷.

376. Deux définitions courantes devraient clarifier quelque peu le concept. Le *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri Capitant définit la qualification comme l'« opération intellectuelle d'analyse juridique, outil essentiel de la pensée juridique, consistant à prendre en considération l'élément qu'il s'agit de qualifier (fait brut, acte, règle, etc.) et à le faire entrer dans une catégorie juridique préexistante (d'où résulte par rattachement, le régime juridique applicable) en reconnaissant en lui les caractéristiques

⁷¹² V. p. ex. TH. JANVILLE, *La qualification juridique des faits*, préface S. GUINCHARD, Aix-en-Provence, PUAM, 2004 ; A. PAPAUX, *Essai philosophique sur la qualification juridique : De la subsumption à l'abduction, L'exemple du droit international privé*, Paris, Bruxelles, Zurich, L.G.D.J., Bruylant, Schulthess, 2003 ; F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Paris, L.G.D.J., 1957 ; la revue *Droits*, 1994, N° 18, consacrée au thème de la qualification.

⁷¹³ P. HÉBRAUD, « Rapport introductif », in *La logique judiciaire*, Paris, PUF, Série droit privé, Travaux et recherches de la faculté de droit et sciences économiques de Paris, 5^{ème} Colloque des Instituts d'Études judiciaires, 1969, p. 31.

⁷¹⁴ Ph. JESTAZ, « La qualification en droit civil », *Droits*, N° 18, 1994.52.

⁷¹⁵ *Ibid.*, p. 46.

⁷¹⁶ O. CAYLA, « Ouverture : La qualification, ou la vérité du droit », *Droits*, N° 18, 1994.3.

⁷¹⁷ B. AUDIT, « Qualification et droit international privé », *Droits*, N° 18, 1994.55. Adde, H. MOTULSKY, « Procédure civile et commerciale », *Rép. Dalloz int.*, t. II, 1969, n° 27 : la qualification est « l'un des facteurs fondamentaux du raisonnement juridique ».

essentielles de la catégorie de rattachement »⁷¹⁸. Ailleurs on lira encore que « la qualification consiste à intégrer son objet dans une catégorie, c'est-à-dire [dans] un concept élaboré grâce à la classification des concepts et des normes »⁷¹⁹. Avant d'examiner plus à fond ces définitions, voyons, par quelques illustrations, les problèmes que l'opération de qualification est susceptible de poser.

377. La loi du 5 juillet 1985 relative à l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation s'applique, à quelques nuances près, aux seuls accidents dans lesquels est impliqué un « véhicule terrestre à moteur »⁷²⁰. Il faut donc, pour appliquer cette loi, vérifier si la chose impliquée dans l'accident, était bel et bien un tel véhicule. Autrement dit, il faudra qualifier cette chose. Ainsi, la jurisprudence nous apprend qu'un tracteur remorquant un rotovator⁷²¹ constitue un « véhicule terrestre à moteur », mais non une presse paille à moteur⁷²² ou un engin de damage utilisé pour réaliser des travaux sur un trottoir, l'engin étant dépourvu de roues et manipulé par un manche⁷²³. Par contre, il semble bien qu'un engin de damage de piste de ski doive être qualifié « véhicule terrestre à moteur »⁷²⁴, de même qu'une automobile immergée dans un canal et heurtée par un poussoir⁷²⁵. À l'inverse, un véhicule miniature évoluant dans un manège pour enfants n'est pas un « véhicule terrestre à moteur »⁷²⁶, pas plus qu'un motoculteur servant à effectuer des travaux de jardinage, mais qui n'est pas destiné au transport de choses ou de personnes⁷²⁷.

⁷¹⁸ G. CORNU (publié sous la dir. de), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° « Qualification ».

⁷¹⁹ H. MOTULSKY, *art. préc.*, n° 30. Dans le même article, l'auteur donne encore une autre définition de la qualification : « Le terme vise, en effet, toute traduction d'un objet de connaissance en termes de droit » (n° 27). Nous récusons l'analyse de la qualification comme traduction (*infra*, n°).

⁷²⁰ L'article 1^{er} de la loi dispose : « Les dispositions du présent chapitre s'appliquent, même lorsqu'elles sont transportées en vertu d'un contrat, aux victimes d'un accident de la circulation dans lequel est impliqué un véhicule terrestre à moteur ainsi que ses remorques ou semi-remorques, à l'exception des chemins de fer et des tramways circulant sur des voies qui leur sont propres ».

⁷²¹ Civ. 2^{ème}, 5 mars 1986, *Bull. civ. II*, n° 28.

⁷²² Civ. 2^{ème}, 3 juillet, 1991, *Bull. civ. II*, n° 201 ; *RTDciv.* 1991.763, obs. P. JOURDAIN.

⁷²³ Civ. 2^{ème}, 20 mars 1996, *Bull. civ. II*, n° 67.

⁷²⁴ Grenoble, 9 févr. 1987, *D.* 1987.245.

⁷²⁵ Colmar, 31 janv. 1992, *J.C.P.* 1992.IV.1843.

⁷²⁶ Civ. 2^{ème}, 4 mars 1998, *Bull. civ. II*, n° 65 ; *D. inf. rap.* 1998.95.

⁷²⁷ Paris, 10 juill. 1990, *J.C.P.* 1990.IV.248.

378. Ce ne sont pas seulement les objets fabriqués qui soulèvent des difficultés de qualification. Il en va de même de nos constructions intellectuelles, comme, par exemple, des contrats. Le « contrat d'hôtellerie » en est une bonne illustration⁷²⁸. L'on sait, en effet, qu'il existe un régime de responsabilité renforcé qui pèse sur l'hôtelier au titre des règles du dépôt hôtelier (art. 1952 à 1954 du C. civ.)⁷²⁹. Mais pour que ces règles du dépôt hôtelier puissent jouer, il faut, au préalable, établir l'existence d'un contrat d'hôtellerie. Première difficulté, le Code civil n'a ni nommé, ni réglementé spécifiquement le contrat hôtelier⁷³⁰. Ce contrat, doit-il alors être qualifié au regard d'une catégorie existante de contrats ou constitue-t-il une catégorie de contrats à part ? On aurait pu penser qualifier le contrat d'hôtellerie « contrat de bail » (art. 1703 et s. C. civ. relatifs au « louage de chose ») parce qu'il comporte la location d'un logement garni de meubles. Mais en même temps, on pourrait y voir un « contrat d'entreprise » (art. 1779 et s. relatifs au « louage d'ouvrage et d'entreprise ») en raison des importants services qu'il est susceptible de prévoir (restauration, téléphone, courrier, blanchissage, prise en charge du véhicule)⁷³¹. En dernière analyse, le contrat d'hôtellerie n'est ni un contrat de bail, ni un contrat d'entreprise, parce qu'il prévoit aussi bien la location d'une chambre meublée que la fourniture de services variables selon le prestige de l'hôtel. Le « contrat d'hôtellerie », appelé ainsi par la Cour de cassation⁷³², constitue par conséquent un « contrat *sui generis* » ou un « contrat innomé »⁷³³. Rappelons, que c'est ainsi que l'on

⁷²⁸ Sur ce contrat, v. P. PY, *Rép. civ. Dalloz*, v° « Hôtelier » ; F. COLLART DUTILLEUL, Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 816 et s., pp. 758 s.

⁷²⁹ À l'égard des biens de son client, l'hôtelier est tenu d'une *obligation de résultat*. L'article 1953, alinéa 1, du Code civil dispose qu'« ils [les hôteliers] sont responsables du vol ou du dommage de ces effets [les vêtements, bagages et objets divers apportés par le voyageur], soit que le vol ait été commis ou que le dommage ait été causé par leur domestiques et préposés, ou par des étrangers allant et venant dans l'hôtel ». L'obligation de l'hôtelier étant une obligation de résultat, le voyageur-victime n'a pas à établir une quelconque faute de l'hôtelier, et toute clause limitative de responsabilité est frappée de nullité (art. 1953 al. 2 C. civ.). De plus, l'hôtelier ne peut s'exonérer de sa responsabilité qu'en établissant un cas de force majeure ou un vice de la chose (art. 1954 al. 1 C. civ.). La jurisprudence admet, certes, que la faute du client peut diminuer, voire faire disparaître, la responsabilité de l'hôtelier. Mais, l'hôtelier ne peut se décharger de sa responsabilité en démontrant qu'il n'a commis aucune faute. Sur ces points, v. P. PY, « Hôtelier », *art. préc.*, n° 30 et s. ; F. COLLART DUTILLEUL, Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 819 et s., pp. 762-764.

⁷³⁰ En ce sens, v. P. PY, « Hôtelier », *art. préc.*, ° 3.

⁷³¹ En ce sens, v. *ibid.*, n° 5.

⁷³² Civ., 12 mars 1954, *D.* 1953.311.

⁷³³ En ce sens, v. P. PY, « Hôtelier », *art. préc.*, n° 8.

qualifie un contrat quand « *il est impossible de le rattacher à une catégorie dûment répertoriée* »⁷³⁴.

379. Il reste que l'application à des situations concrètes de la catégorie « contrat hôtelier » est susceptible de poser, à son tour, des problèmes de qualification. Le *contrat de camping* doit-il être qualifié « contrat d'hôtellerie » ? Le Tribunal de grande instance d'Arcachon a répondu négativement à la question⁷³⁵. Qu'en est-il du *contrat de restauration* ? La Cour de cassation exclut ce type de contrat de la catégorie « contrat hôtelier »⁷³⁶. Il en va de même du *contrat de wagons-lits* qui est un contrat de transport et non d'hôtellerie⁷³⁷. Par contre, la Cour de cassation a pu juger aussi que « *l'hébergement [...] dans un studio entièrement équipé, constituait un contrat d'hôtellerie* »⁷³⁸.

En voilà assez de nos illustrations, retournons à nos définitions et à l'analyse de leurs éléments.

B. – ANALYSE DES ÉLÉMENTS DE LA DÉFINITION DU CONCEPT

380. Trois éléments essentiels se dégagent des définitions citées plus haut. Elles nous apprennent que la qualification est une *opération intellectuelle* (c) qui consiste à classer un *objet* (a) dans une *catégorie* (b). Il est vrai qu'elles omettent de préciser que la qualification, en tant qu'opération, aboutit aussi à un *résultat* (d). Ces quatre éléments méritent d'être approfondis. Commençons par l'objet de la qualification.

⁷³⁴ F. COLLART DUTILLEUL, Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, op. cit., n° 25, p. 27.

⁷³⁵ TGI ARCACHON, 17 janvier 1975, *D.* 1976.506, note BIHL.

⁷³⁶ Civ. 1^{ère}, 11 mars 1969, *Bull. civ. I*, n° 108.

⁷³⁷ Civ., 3 février 1896, *DP.* 1898.1.502 ; Paris, 6 décembre 1923, *D.* 1923.2.188.

⁷³⁸ Civ. 1^{ère}, 26 février 1991, *Bull. civ. I*, n° 78, *RTDciv.*, 1992.141, obs. GAUTIER.

a) L'objet de la qualification

381. L'« *objet-matière* »⁷³⁹ sur lequel porte la qualification est, d'après nos définitions, un élément (fait brut, acte, règle etc.) ou un objet quelconque. Henri MOTULSKY précise : « *L'objet à qualifier peut être une donnée concrète (une chaise déterminée est qualifiée "meuble corporel"), un concept de fait (la chaise comme telle est qualifiée "meuble corporel"), un complexe de faits (un échange de lettres est qualifié "conclusion d'une convention"), un concept de droit (la créance est qualifiée "meuble incorporel" ou "droit personnel"), une norme (la disposition imposant le paiement d'un prix est qualifiée "règle de droit de vente") ou un groupe de normes (les dispositions réglementant la vente sont qualifiées "règles du droit des obligations")* »⁷⁴⁰. Ces précisions nous inspirent quelques remarques.

382. Faisons brièvement un double rappel. D'une part, les mots (signifiants) véhiculent des concepts (signifiés). Le sens d'un mot est le concept⁷⁴¹. D'autre part, nous avons distingué entre sens abstrait et sens concret. Pour nous, l'abstraction et la concrétude d'un mot sont des fonctions de son emploi. Lorsqu'un mot est employé pour désigner un référent particulier, alors ce mot peut être dit concret (p. ex., cette « chaise »-ci achetée par Paul). Il a alors un sens concret et le concept peut être dit concret. Lorsque, au contraire, un mot est utilisé sans désigner un référent déterminé, alors le mot peut être dit abstrait (p. ex. la « chaise » en général, en tant que genre de meuble, par opposition au genre « tables »). Il a alors un sens abstrait et nous parlons d'un concept abstrait.

383. Revenons maintenant aux « données concrètes » que le juge est susceptible de qualifier ? Certains auteurs l'ont remarqué : avant d'être qualifiés au regard d'un concept juridique, les faits qui se sont produits sont racontés en langage courant⁷⁴². Ces faits, qu'ils

⁷³⁹ B. ANCEL, « L'objet de la qualification », *J.D.I.* 1980.227 (en italique dans le texte) : l'« objet-matière » s'oppose à l'« objet-fonction » de la qualification. Cet objet-fonction « *est d'établir que la règle considérée (ou plus largement, le régime juridique envisagé) est applicable [...]* » (n° 1, p. 227).

⁷⁴⁰ H. MOTULSKY, « Procédure civile et commerciale », *art. préc.*, n° 28.

⁷⁴¹ En ce sens, v. *supra*, n° 149.

⁷⁴² En ce sens, v. J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, *op. cit.*, pp. 103-104 : « *pour passer du fait au droit, il faut d'abord exprimer les faits en langage courant pour les traduire ensuite en langage juridique* » (nous soulignons). Ph. JESTAZ, « La qualification en droit civil », *Droits*, N° 18, 1994.46 : « *pour passer du fait au droit, [...], il faut d'abord exprimer les faits en français courant pour les traduire ensuite en français* »

soient simples ou complexes, sont, lorsqu'ils parviennent au juge, déjà consignés dans un dossier par l'intermédiaire de mots. Il en résulte que la qualification au regard d'un concept juridique a pour objet un ou plusieurs mots qui désignent, à leur tour, des faits bruts. Par conséquent, ainsi que nous l'avons déjà écrit, la qualification juridique est précédée d'une *préqualification* en langage ordinaire⁷⁴³. Nos illustrations sont là pour renforcer cette affirmation. Avant, par exemple, de qualifier l'engin, conduit par un certain M. Cavana, « véhicule terrestre à moteur » il fut appelé « tracteur remorquant un rotovator »⁷⁴⁴. Il en va de même de cet engin remontant une piste de ski et qui fut d'abord préqualifié « engin de damage de piste de ski » avant de recevoir sa qualification juridique. Il se peut aussi, bien sûr, qu'une qualification juridique, précédée d'une préqualification en langage ordinaire, échoue. L'objet est alors *disqualifié* au regard de la catégorie juridique en question, ce qui ne l'empêche pas d'être, éventuellement, intégré dans une autre catégorie juridique. Ainsi, l'échec de la qualification d'un presse-paille comme « véhicule terrestre à moteur », ne fait pas obstacle à une nouvelle tentative de qualification, par exemple, comme « chose » dont on a la garde.

384. Cependant, la qualification juridique ne porte pas nécessairement sur des faits bruts désignés par l'intermédiaire de mots employés en un sens concret. La qualification peut aussi porter sur un « concept » nous apprend MOTULSKY⁷⁴⁵. Au regard des exemples dont l'auteur se sert, il est permis d'inférer qu'il entend par le mot « concept » un mot employé sans désigner un référent particulier, c'est-à-dire un concept abstrait. Aussi nous apprend-il que « la chaise comme telle », c'est-à-dire le genre chaise, peut être qualifiée « meuble corporel ». Il en va de même, par exemple, de nos contrats d'hôtellerie. Certes, l'opération concrète conclue entre un tel touriste et tel aubergiste peut être qualifiée « contrat d'hôtellerie ». Mais en même temps l'on peut dire que le « contrat d'hôtellerie », en tant que type de contrat, peut être qualifié « contrat synallagmatique ». En poursuivant, on ajoutera

juridique » (nous soulignons). F. RIGAUX, *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, op. cit., n° 57, p. 84 « La qualification juridique a pour objet, non des faits à l'état brut, mais un ensemble de notation abstraites [ces notations sont les mots qui décrivent la situation à qualifier (cf. *ibid.*, n° 53, p. 80)] dont le faisceau est relié aux circonstances proprement concrètes connotant la situation : le temps, le lieu et l'identité des personnes ».

⁷⁴³ Sur ce point, v. *supra*, n° 165.

⁷⁴⁴ Sur ce point, v. Civ. 2^{ème}, 5 mars 1986, *arrêt préc.*

⁷⁴⁵ Notre auteur distingue les « concepts de fait » et les « concepts de droit ». A notre sens, cette distinction n'a pas de pertinence au niveau de l'analyse de l'objet de la qualification. En effet, cette distinction n'a rien d'ontologique. Un même concept peut être tantôt concept de fait, tantôt concept de droit (v. *infra*, n° 388).

que « le contrat synallagmatique » en tant que type de contrat peut être qualifié « acte juridique ». Bref, la qualification peut également avoir pour objet un concept abstrait.

385. Pour être complet, MOTULSKY ajoutait que la qualification peut avoir pour objet une règle (p. ex. la disposition imposant le paiement d'un prix est qualifiée « règle de droit de la vente ») ou un ensemble de règles (p. ex. les dispositions réglementant la vente sont qualifiées « règles du droit des obligations »). Nous approuvons totalement cette analyse. Nous pourrions ajouter, que les règles étant faites de mots, elles sont nécessairement faites de concepts. Il en résulte que qualifier une règle revient encore à qualifier des ensembles de concepts⁷⁴⁶. Ces considérations nous indiquent que l'objet-matière de la qualification est, la plupart du temps, un concept ou un assemblage de concepts. Mais alors, se demandera peut-être notre lecteur averti, la qualification peut-elle jamais porter sur un fait brut ? Peut-on qualifier directement un objet au regard d'une catégorie juridique, sans l'intermédiaire d'une préqualification en langage ordinaire (p. ex. la qualification d'une infraction commise à l'audience, tel l'outrage à magistrat sanctionné par l'article 434-24 du Code pénal) ? À vrai dire, nous pensons ne pas avoir à répondre à cette question, qui relève du fonctionnement de la pensée humaine, domaine dans lequel nous n'avons guère de compétence. La même remarque vaut pour le phénomène de la préqualification. Nous ne savons pas s'il existe une différence fondamentale entre la qualification d'un fait brut au regard d'un mot du langage ordinaire et la qualification au regard d'une catégorie juridique de ce même fait préqualifié en langage courant. À notre sens, le juriste peut simplement constater le phénomène de la préqualification et remarquer que, dans l'immense majorité des cas, il qualifie des faits déjà racontés avec des mots et non pas des faits bruts. Passons à un autre aspect de la qualification, au concept qualificateur.

b) Le concept qualificateur

386. D'après nos définitions, le concept qualificateur serait une « catégorie » et, plus spécifiquement, une « catégorie juridique ». Qu'est-ce donc qu'une catégorie ? D'après la logique classique, « *les catégories sont les concepts fondamentaux auxquels l'esprit rapporte*

⁷⁴⁶ Si les règles générales et abstraites comportent essentiellement des concepts abstraits, elles peuvent aussi comporter des concepts concrets (v. *supra*, n° 84).

ses autres idées »⁷⁴⁷. En droit, le terme « catégorie » semble avoir la même signification. En ce sens, on nous dit par exemple que la catégorie juridique « *regroupe des concepts différents mais répondant à un critère commun* »⁷⁴⁸. Il reste que toutes les catégories sont des concepts⁷⁴⁹. Or, les concepts sont des significations ; les catégories le sont donc aussi. Précisons encore que l'on parle, semble-t-il, de catégories pour désigner des concepts d'un degré de généralité particulièrement élevé.

387. La qualification suppose-t-elle un concept de nature « juridique » ? Cette question nous entraîne dans les sables mouvants de la distinction du fait et du droit. À notre avis, il n'existe aucune différence de nature entre les *concepts* de fait et les *concepts* de droit, ce qui ne veut absolument pas dire qu'il n'existe pas de différence ontologique entre les faits et le droit. Notre propos, cependant, est autre. Nous nous intéressons aux seuls *concepts*, et c'est à leur niveau que nous rejetons toute différence essentielle. Au fond, la raison en est simple. Tout mot est susceptible d'être défini⁷⁵⁰. Or, qu'est-ce qu'une définition, sinon la règle d'application d'un mot⁷⁵¹ ? Il ne fait d'ailleurs pas de doute que les définitions légales sont des règles de droit à part entière⁷⁵². Lorsque l'article 311-1 du Code pénal dispose par

⁷⁴⁷ M. GEX, *Logique formelle, op. cit.*, n° 15, p. 35.

⁷⁴⁸ J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique, op. cit.*, p. 107.

⁷⁴⁹ En ce sens, v. G. CORNU, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens, op. cit.*, n° 187, p. 84 : « *La catégorie juridique est le lieu d'un concept* » ; H. MOTULSKY, « Procédure civile et commerciale », *art. préc.*, n° 30 : l'auteur écrit que la « catégorie » est « *un concept élaboré grâce à la classification des concepts et des normes* ».

⁷⁵⁰ Nous récusons fermement l'idée qu'il existe des termes indéfinissables (*contra*, Ch. GRZEGORCZYK, « Le concept de bien juridique : l'impossible définition », *A.P.D.* 1979.267). Par contre, nous approuvons totalement la position de Richard ROBINSON qui écrit que « *notre thèse est que tout signe communicable est lexicalement définissable. Car aucun signe ne peut être utilisé dans la communication à moins que sa signification ne puisse être apprise à la personne avec laquelle vous voulez communiquer. C'est la raison pour laquelle [...] si un signe quelconque est lexicalement indéfinissable à l'égard de tout le monde, ce signe ne sert à rien dans toute communication. En d'autres termes, tous les termes utilisés avec succès dans la communication sont des termes lexicalement définissables* » (*Definition, op. cit.*, p. 42). On nous rétorquera peut-être que la définition des mots se fait avec des mots et que si l'on veut définir ensuite les mots de la définition, il faudra se servir d'autres mots et ainsi de suite. Or, comme nous nous trouvons dans l'impossibilité temporelle et matérielle de définir indéfiniment les mots avec de nouveaux mots, il en résulterait, à la fin des opérations de définition, la nécessité de laisser certains mots indéfinis, sauf à tomber dans un cercle vicieux qui consisterait à se resservir, dans les définitions, des mots précédemment définis (*ibid.*, pp. 43-44). L'erreur dans ce raisonnement « logique » résulte, en fait, de l'affirmation que les mots se définissent nécessairement avec des mots. Il existe, en effet, une méthode de définition qui ne se sert pas de mots. Il s'agit de la *méthode ostensive de définition*. Elle consiste, notamment, à proférer un mot tout en pointant du doigt l'objet qu'il désigne. C'est de cette façon, semble-t-il, que les enfants apprennent la signification des mots (*ibid.*, pp. 117 et s.).

⁷⁵¹ En ce sens, v. *ibid.*, p. 130 : « *all words, when correctly used in a single usage, are always applied according to a single rule* ».

⁷⁵² En ce sens, v. S. BALIAN, *Essai sur les définitions dans la loi, thèse préc.*, n° 270, p. 259 : « *aussi, à tout le moins, la définition légale est-elle à l'instar des autres catégories de dispositions dans la loi, des règles de*

exemple que le « *le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui* », il énonce la règle d'application du mot « vol ». Si donc chaque mot possède au moins une règle d'application, c'est que tout mot est normatif : *nommer c'est normer*. Tout mot peut être exactement ou faussement appliqué en vertu de sa définition. Je puis, par exemple, faussement ou exactement appliquer le mot « femme »⁷⁵³, tout comme je puis exactement ou faussement appliquer le terme « paiement indu ». Bref, tous les mots ou expressions obéissent à une, voire à plusieurs, règles d'application⁷⁵⁴. C'est la raison pour laquelle il n'existe pas, à notre avis, de différence ontologique entre concepts de fait et concepts de droit. Les uns comme les autres sont normatifs.

388. Cette analyse est d'ailleurs corroborée par la façon dont la Cour de cassation exerce son contrôle sur la qualification des faits. L'on sait, en effet, que la Cour de cassation est juge du droit et non du fait, si bien que la distinction du fait et du droit est la règle fondamentale de sa compétence⁷⁵⁵. Or, du point de vue de la technique de cassation, cette distinction n'a rien d'ontologique. Elle ne procède nullement de la « nature des choses »⁷⁵⁶. La Cour de cassation pourra, par sa seule volonté, transformer un concept de fait en concept de droit et vice-versa⁷⁵⁷. Ainsi, contrôle-t-elle, au titre de l'article 1382 du Code civil, l'application du concept de « faute » qui devient donc un concept de droit⁷⁵⁸. Mais elle refuse le contrôle de la « faute » comme cause de divorce (art. 242 C. civ.) qui est, en conséquence, un concept de fait⁷⁵⁹. De même, tout en ayant refusé de contrôler, dans un premier temps, la

droit » (sic) ; J. RAY, *Essai sur la structure logique du Code civil, op. cit.*, pp. 219-220 : « *la définition du [législateur], même si elle est incomplète, est autre chose qu'une approximation provisoire et réversible ; elle est une décision, une volonté, elle s'impose ; elle pourra être complétée assurément, parfois indirectement rectifiée, surnoisement abandonnée ; mais elle restera un texte de loi. Elle [...] sera douée d'autorité ; elle sera régulatrice* ».

⁷⁵³ En ce sens, v. un arrêt Civ., 6 avril 1903 (DP 1904.1.395, concl. Baudouin) contrôlant, dans le cadre d'une demande d'annulation de mariage, l'application du concept « femme » à une femme dépourvue d'organes génitaux internes.

⁷⁵⁴ La pluralité de règles d'application d'un mot, correspond à la pluralité de significations, c'est-à-dire à la polysémie.

⁷⁵⁵ Marty y voit « *la règle fondamentale du pourvoi en cassation* » (*La distinction du fait et du droit, op. cit.*, n° 8, p. 19). Adde, J. BORÉ, L. BORÉ, *La cassation en matière civile, op. cit.*, n° 60.01.

⁷⁵⁶ En sens, v. J. BORÉ, L. BORÉ, *La cassation en matière civile, op. cit.*, n° 60.04.

⁷⁵⁷ En ce sens, v. *ibid.*, n° 60.04.

⁷⁵⁸ En ce sens, v. *ibid.*, n° 67.181.

⁷⁵⁹ En ce sens, v. *ibid.*, n° 67.23.

notion de « force majeure », la Haute juridiction en a accepté le contrôle dans un second temps⁷⁶⁰. À l'inverse, elle a progressivement abandonné le contrôle de la notion de « cause réelle sérieuse » de licenciement⁷⁶¹. La conclusion s'impose qu'un même concept peut muter de la catégorie des concepts de fait dans la catégorie des concepts de droit, et vice-versa. Or, cette conclusion n'est possible que parce qu'il n'existe pas de différence fondamentale entre concepts de fait et de droit. Les uns comme les autres sont susceptibles de constituer des concepts qualificateurs. Ils sont normatifs.

Passons à l'opération de qualification.

c) L'opération de qualification

389. Si la qualification juridique peut avoir lieu à l'égard d'un concept de droit qui devient plus tard un concept de fait ou vice-versa, cela revient à dire que l'opération de qualification peut avoir lieu aussi bien à l'égard d'un concept de fait que d'un concept de droit. Ce n'est donc pas le statut de fait ou de droit du concept qui procurerait à l'opération de qualification un caractère spécifiquement juridique.

390. Le caractère juridique de la qualification ne saurait pas non plus résulter d'un trait inhérent à la « pensée juridique », comme le sous-entend, peut-être, l'une de nos définitions qui présente la qualification comme une « *opération intellectuelle d'analyse juridique* » et comme un « *outil essentiel de la pensée juridique* »⁷⁶². Certes, nous ne contestons pas le fait que la qualification est une opération mentale essentielle dans le travail quotidien du juge et de tous les juristes. Cependant, nous ne pensons pas qu'elle soit une opération mentale de nature juridique. Il y a, en effet, quelque chose d'aberrant à dire qu'une opération *mentale est juridique*. La qualification est une opération de l'esprit, un point c'est tout. Que cette opération ait son siège dans le cerveau d'un juriste ou se fasse au regard d'un concept de droit, cela ne change en rien la nature de l'opération qui est mentale ou psychique.

⁷⁶⁰ En ce sens, v. *ibid.*, n° 65.111.

⁷⁶¹ En ce sens, v. *ibid.*, n° 65.104.

⁷⁶² G. CORNU (publié sous la dir. de), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Qualification ». Adde, J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, *op. cit.*, p. 102.

391. Il en résulte, en définitive, que la qualification, en tant qu'opération de l'esprit, n'a rien de juridique. Seul le contexte dans lequel l'opération est effectuée (par exemple, la qualification effectuée par un magistrat ou par un professeur de droit ou par un étudiant en droit au regard d'un concept – de fait ou de droit - figurant dans une règle de droit) est susceptible de justifier la dénomination d'« opération juridique »⁷⁶³.

392. De là suit une autre considération. À partir du moment où l'on admet que la qualification est une opération mentale ou psychique, il devient très difficile, sinon impossible, pour un juriste, de pousser plus en avant l'analyse de cette opération. Certes, nous dit-on dans l'une de nos définitions courantes, que *la qualification consiste à reconnaître dans l'élément qu'il s'agit de qualifier les caractéristiques essentielles de la catégorie juridique préexistante dans laquelle on fait entrer cet élément*⁷⁶⁴. Si nous approuvons cette analyse superficielle, nous pensons qu'il est difficile, d'un point de vue juridique, d'aller plus loin dans la description de ce processus mental. Pour preuve du caractère fuyant de cette opération, on prendra cette opinion répandue selon laquelle la qualification opère le *passage du concret à l'abstrait*⁷⁶⁵. On entend par là que la qualification consiste à passer des faits qui se sont produits à la règle qui leur est applicable. Mais il faut bien avouer que pour passer des faits à une catégorie, il faut déjà posséder la catégorie abstraite avant de l'appliquer à la situation concrète. On peut donc dire aussi bien que la qualification assure le *passage de l'abstrait au concret*⁷⁶⁶.

393. L'opération de qualification a encore été analysée en une *traduction*. M. JESTAZ l'explique ainsi : « *La qualification est au fond un exercice de traduction. Pour*

⁷⁶³ Olivier CAYLA écrit, en ce sens, que « *c'est le simple critère formel de la compétence institutionnelle de celui qui procède à la qualification, qui fait d'elle une qualification juridique, bien qu'elle ne diffère en rien, matériellement, d'une appréciation pouvant être d'ordre moral, politique, religieux, esthétique, etc.* » (« Ouverture : La qualification, ou la vérité du droit », *art. préc.*, p. 9). Toutefois, cette manière de voir nous paraît trop restrictive puisqu'elle conduit à exclure de la qualification juridique, par exemple, celle pratiquée par un professeur ou par un étudiant en droit. Plutôt que de la seule « compétence institutionnelle », c'est de tout le contexte de l'opération qu'il faut tenir compte et notamment de la culture juridique de l'agent qui s'y livre ainsi que de la finalité de l'opération (résoudre un cas particulier au moyen d'une règle).

⁷⁶⁴ Sur ce point, v. *supra*, n° 376.

⁷⁶⁵ J. BORÉ, L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, *op. cit.*, n° 65.06, *La distinction du fait et du droit*, *op. cit.*, n° 114, p. 204 ; G. CORNU, *Introduction, Les personnes, Les biens*, *op. cit.*, n° 194, p. 87.

⁷⁶⁶ En ce sens, v. J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, *op. cit.*, p. 104 : « *Alors que l'on admet couramment que la qualification est un passage du fait au droit, on peut également considérer qu'elle constitue plutôt une transposition de l'appareil conceptuel du droit à des situations de fait car, pour pouvoir capter les faits, le droit doit d'abord disposer d'un arsenal suffisant de concepts. Mais cette discussion n'est pas dépourvue de byzantinisme. Il y a une certaine interactivité du fait et du droit qui paraît la rendre inutile* ».

*passer du fait au droit, mais à l'intérieur de ce processus linguistique que constitue le procès, il faut d'abord exprimer les faits en français courant pour les traduire ensuite en français juridique. Or le langage courant est notre langue maternelle alors que le langage juridique s'apprend plus tard à la Faculté. Par conséquent, la qualification est un exercice de thème et chacun sait que les forts en thème ne courent pas les rues »*⁷⁶⁷. Cette façon de voir, qui est intéressante parce qu'elle insiste sur la médiation du langage ordinaire, n'est pas pour autant convaincante. En effet, traduire c'est « *faire passer un texte d'une langue dans une autre* » (Le Petit Larousse illustré). Or, en l'occurrence, la qualification juridique ne met nullement en contact deux langues différentes. La langue du droit français est le français et le vocabulaire juridique ainsi que le vocabulaire ordinaire entretiennent des rapports hautement enchevêtrés. De fait, nous l'avons déjà constaté⁷⁶⁸, « *dans leur immense majorité les termes du vocabulaire juridique ont également un sens dans le langage commun* » et ce sens « *peut être le même* »⁷⁶⁹. Si l'on admet alors que traduire signifie transposer un texte d'une langue dans une autre, alors la qualification n'est assurément pas une traduction.

394. Conformément à la tradition allemande, la qualification est encore appelée « *subsumption* »⁷⁷⁰. Or, subsumer c'est « *penser un individu comme compris dans une espèce, ou une espèce comme comprise dans un genre ; considérer un fait comme l'application d'une loi* »⁷⁷¹. Qu'il nous soit permis d'affirmer que l'utilisation du terme compliqué de « *subsumption* » ne permet guère d'en savoir plus sur la complexité de l'opération de qualification. Certes, si notre univers concret était le reflet d'idées toutes faites s'emboîtant, depuis la nuit des temps, les unes dans les autres, alors la subsumption serait une opération automatique. L'objet concret à qualifier serait l'incarnation d'une espèce qui appartiendrait à

⁷⁶⁷ Ph. JESTAZ, « La qualification en droit civil », *art. préc.*, p. 46. Cette analyse la qualification comme traduction n'est pas nouvelle. On la retrouve déjà chez H. MOTULSKY, « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », in H. MOTULSKY, *Écrits, études et notes de procédure civile*, préface G. CORNU, J. FOYER, Paris, Dalloz, 1973, n° 6, p. 105 : « *Qu'est-ce que la qualification juridique ? C'est la traduction de concepts de fait par des concepts de droit* » (nous soulignons). Dans une note en bas de page (note 20, page 105), l'auteur ajoute sur la qualification, « *qu'il s'agit véritablement d'une opération sémantique : la qualification correspond au "thème" en langue étrangère, comme la définition – qui aboutit, en dernière analyse, à une traduction des concepts de droit par des concepts de fait – correspond à une "version"* ». Adde, J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique, op. cit.*, pp. 103-104.

⁷⁶⁸ Sur ce point, v. *supra*, n° 284.

⁷⁶⁹ G. CORNU, *Linguistique juridique, op. cit.*, n° 17, p. 68.

⁷⁷⁰ En ce sens, v. p. ex. G. MARTY, *La distinction du fait et du droit, op. cit.*, n° 114, p. 203 ; J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique, op. cit.*, p. 104.

⁷⁷¹ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie, op. cit.*, v° « Subsumer ».

un certain genre lequel serait à nouveau une espèce d'un autre genre et ainsi de suite jusqu'au genre suprême. Mais, nous l'avons vu, la réalité est toute autre. Non seulement nos concepts et catégories varient d'une langue à une autre (par exemple du français à l'anglais ou au danois), et il n'existe donc pas un univers conceptuel parfaitement ordonné et stable⁷⁷². Mais encore, les catégories juridiques peuvent ne pas être adaptées pour rendre compte de ce qui a été décrit de manière tout à fait satisfaisante avec le vocabulaire du français ordinaire (par exemple, les fresques arrachées du plafond d'une chapelle constituent-elles des « meubles » ou des « immeubles » ?). Là se situe, d'ailleurs, la source des problèmes de qualification juridique. Les concepts juridiques ne sont pas toujours adaptés pour capter les tranches de réalités découpées par le langage ordinaire⁷⁷³.

395. Si donc les notions de traduction et de subsumption ne sont pas aptes à nous éclairer sur le processus mental à l'œuvre dans l'opération de qualification, nous nous proposons, conformément à la définition de MOTULSKY, de retenir simplement, sans approfondir davantage, l'idée de « classement »⁷⁷⁴. *La qualification est une opération intellectuelle de classement d'un élément dans une catégorie*. Cette définition toutefois nous paraît encore incomplète. La qualification n'est pas seulement une opération, une activité intellectuelle. Elle est aussi le *résultat* de cette activité^{775 776}.

⁷⁷² Sur ce point, v. *supra*, n° 160.

⁷⁷³ Sur la source des problèmes de qualification juridique, v. *supra*, n° 162 et s.

⁷⁷⁴ Un auteur a récemment analysé l'opération de qualification non pas en une subsumption, ni en une traduction, mais en une *abduction* (A. PAPAUX, *Essai philosophique sur la qualification juridique : De la subsumption à l'abduction, L'exemple du droit international privé, op. cit.*). Il résume sa pensée en raisonnant, en droit international privé, sur la qualification à donner à un mariage polygamique régulièrement célébré en Algérie au regard de la catégorie « mariage » du droit français : « *il sied de construire la 'com-mensurabilité' du cas et de la loi, de leur donner 'même mesure', le premier étant singulier et concret – la situation ici et maintenant de la seconde épouse algérienne -, la deuxième générale et abstraite – la catégorie française 'mariage' -, donc des entités hétérogènes entre elles. Ce jugement d'analogie, cette pesée respective des ressemblances et des dissemblances, cette construction de la commensurabilité, c'est au fond l'abduction* » (p. 9).

⁷⁷⁵ Un auteur (TH. JANVILLE, *La qualification juridique des faits, op. cit.*, p. 20, n° 2) a récemment distingué trois acceptions du terme qualification : la « qualification-technique », c'est-à-dire l'opération intellectuelle (n° 3, p. 20), la « qualification-donnée », c'est-à-dire la qualification comme synonyme de catégorie juridique ou concept juridique (n° 4, p. 21 ; *adde, infra*, note n° 776), et la « qualification-résultante », c'est-à-dire le résultat de l'opération (n° 10, p. 25). Un autre auteur (P. WACHSMANN, v° « Qualification », in *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, p. 1278, col. droite) distingue trois étapes dans la qualification, dont une étape finale – la « décision » : « *On peut distinguer le processus de qualification qui consiste dans la mise en relation du droit et des faits, l'opération de qualification qui s'analyse en la subsumption des faits sélectionnés sous la norme interprétée et la décision de qualification qui en est issue* ». Cette « décision » correspond au résultat de l'opération de qualification.

⁷⁷⁶ Outre le fait que le terme « qualification » désigne une opération de l'esprit et un résultat, elle est aussi synonyme du mot « catégorie » (cf. *supra*, note n° 775). En effet, « *il faut observer que, par une insuffisance de langage juridique, le mot "qualification" est aussi couramment utilisé en France pour désigner, non plus le*

d) Le résultat de la qualification

396. La qualification en tant que résultat mérite de retenir notre attention. Elle consiste à affirmer que tel élément constitue ou ne constitue pas une concrétisation ou une application d'une catégorie. Sous cet angle, la qualification est, bien évidemment, cruciale, car c'est du résultat obtenu que dépendra la mise en œuvre ou non des effets édictés par la ou les règles de droit au regard desquelles la qualification vient d'être effectuée. Mais un autre point est essentiel. La qualification consiste, en effet, à affirmer un sens concret d'une catégorie abstraite⁷⁷⁷. Cette conclusion est très importante parce qu'elle permet de situer la qualification sur un plan sémantique. *Qualifier c'est aussi attribuer un sens concret à une notion abstraite*. Or, nous l'avons vu, il existe entre le sens abstrait d'un terme, c'est-à-dire la catégorie en tant que telle, et son sens concret, c'est-à-dire la catégorie appliquée, une très forte interaction. Tout comme le sens abstrait détermine l'application au cas particulier, cette application au cas particulier rejaillira, plus ou moins fortement, sur le sens abstrait. Rappelons l'exemple de la notion d'« erreur sur les qualités essentielles de la personne » comme cause de nullité du mariage⁷⁷⁸. En appliquant cette notion à l'erreur d'une femme sur la qualité d'homme divorcé de son mari, la Cour de cassation a contribué à forger le sens abstrait de la notion d'erreur sur les qualités essentielles.

397. En plaçant la qualification sur un plan sémantique, nous rejoignons un constat fait par les spécialistes de la cassation. Gabriel MARTY remarquait, par exemple, que « *par l'identification d'une certaine situation de fait avec une notion légale, toute qualification entraîne indirectement une définition de cette notion. Cette définition est sans doute très souvent complexe et encombrée de circonstances particulières qui sont celles de l'espèce envisagée, mais elle est tout de même une définition* »⁷⁷⁹. En un même sens, MM. BORÉ

raisonnement qui vient d'être décrit, mais les concepts eux-mêmes, ou catégories, sur lesquels doit porter le raisonnement. Ainsi les concepts précités de "contrat", de "délit", etc. sont appelés eux-mêmes des "qualifications" » (Ph. FRANCESKAKIS, *Répertoire internat. Dalloz*, t. II, 1969, v. « Qualifications », n° 4). C'est également dans le sens de « catégorie » que l'on utilise l'expression « qualifications pénales ». En ce sens, v. p. ex. R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, Paris, éd. Cujas, 7^{ème} éd., 1997, n° 384, p. 506 : « *Le premier souci des autorités judiciaires est donc de vérifier si les faits reprochés à une personne correspondent à l'une des 'qualifications' pénales qui sont prévues par nos textes répressifs* ».

⁷⁷⁷ Sur la distinction entre « sens concret » et « sens abstrait », v. *supra*, n° 185 et s.

⁷⁷⁸ Sur ce point, v. *supra*, n° 188.

⁷⁷⁹ G. MARTY, *La distinction du fait et du droit*, *op. cit.*, n° 115, p. 205.

écrivent que « *l'opération de qualification des faits [...] aboutit forcément à une définition abstraite et organisée de la notion* »⁷⁸⁰. Bref, la qualification influe sur la définition des notions légales, c'est-à-dire que le sens concret rejaillit sur le sens abstrait, lequel, précisément, est décrit par une définition.

Comme pour les problèmes juridiques précédents, l'examen du concept de qualification nous inspire une appréciation critique.

§ II – APPRÉCIATION CRITIQUE

398. Il est vrai que l'examen critique qui suivra s'avère passablement sommaire. De fait, lors de l'étude du concept de qualification, nous avons déjà eu l'occasion d'apprécier chacun des éléments de sa définition, en sorte que cette appréciation nous tiendra largement lieu de critique. Néanmoins, en traitant précisément du *concept* de la qualification, nous n'avons guère abordé l'idée centrale de cette section censée traiter du *problème* de qualification. En effet, après une rapide présentation générale, nous nous sommes appliqués à mettre en lumière les traits caractéristiques de sa définition en décrivant la qualification à la fois comme une opération intellectuelle de classement et comme le résultat de cette opération. Cependant, nous n'avons pas, à vrai dire, abordé la qualification en tant que problème. Cette lacune sera rapidement comblée.

399. Le problème de qualification n'est pas *la* qualification. Il est, plus précisément, une question qui naît à l'occasion de la mise en œuvre de l'opération de classement et dont la résolution pose un certain nombre de difficultés. À titre d'exemple, nous avons déjà vu les problèmes de qualification consistant à savoir si un *engin de damage de piste de ski* peut être qualifié « véhicule terrestre à moteur » ou si un *contrat de wagons-lits* est un « contrat d'hôtellerie » ou si un *contrat d'hôtellerie* est un « contrat de bail »⁷⁸¹ ou si des *fresques arrachées des murs d'une chapelle* peuvent être qualifiées « immeubles par destination »⁷⁸².

⁷⁸⁰ J. BORÉ, L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, op. cit., n° 65.71.

⁷⁸¹ Sur ces exemples, v. *supra*, n° 377 et s.

⁷⁸² Sur ce point, v. *supra*, n° 164.

400. Les exemples précités démontrent que le problème de qualification est un accroc qui se produit lors de la mise en oeuvre d'une opération intellectuelle. L'élément doit-il ou non être classé dans la catégorie en question ? D'une manière plus abstraite encore, l'on se demandera si l'élément *E* doit être inclus dans la catégorie *C* ? Cette présentation du problème de la qualification met en lumière que celui-ci se pose en des termes d'admissibilité ou non d'un classement possible. Plus précisément, *le problème de la qualification pose la question de l'admissibilité ou non du classement d'un élément dans une catégorie.*

401. Il va sans dire, que la constatation de l'existence d'un problème de qualification dépend, comme c'est le cas de tous les autres types de problèmes juridiques que nous avons déjà étudiés, de l'interprétation des énoncés de règles en présence. En effet, au risque de dire une banalité, il faut, avant d'éprouver un doute sur un classement à effectuer, déterminer la signification des mots au regard desquels on cherche à qualifier. Et, faut-il l'ajouter, l'adoption d'une interprétation déterminée au détriment d'une autre évitera ou créera, le cas échéant, le doute sur la qualification à retenir.

402. À y regarder de près, l'interprétation des énoncés de règles et la qualification des objets auxquels ces règles sont appliquées s'avèrent inextricablement liées. En ce sens, nous avons, dès l'introduction à notre thèse, souligné le va-et-vient de la pensée entre les règles de droit et les faits auxquels elles sont appliquées⁷⁸³. L'analyse des faits, leur qualification et l'interprétation des normes s'effectuent simultanément dans un mouvement d'ensemble où rien ne semble véritablement distinct. Cette imbrication entre les opérations (mentales) de qualification et d'interprétation se retrouve au niveau des problèmes que celles-ci sont susceptibles de faire naître. Aussi bien, selon nous, le problème de qualification n'est-il qu'une manière particulière de poser un problème d'interprétation d'un énoncé. Nous le verrons au chapitre prochain consacré à la définition en compréhension de la notion de problème juridique.

⁷⁸³ Sur ce point, v. *supra*, n° 18.

Conclusion du chapitre I

403. Au cours de ce chapitre, consacré à la définition en extension de la notion de problème de droit, nous avons été amenés à examiner quatre problèmes juridiques-types traditionnellement distingués par la doctrine. Il s'agit du problème d'obscurité de la loi, du problème de conflit de lois, du problème de lacune de la loi et du problème de qualification.

404. L'examen du premier problème nous a d'abord permis d'établir que l'obscurité de la loi n'est pas la condition de l'interprétation d'une expression linguistique, mais qu'elle en est déjà le résultat. Plus précisément, l'obscurité (ou la clarté) d'une formule linguistique dépend de son contexte d'énonciation et de son contexte d'application, en sorte qu'une même expression pourra s'avérer obscure ou claire suivant le contexte considéré. Cela dit, indépendamment des contextes, il est possible de repérer un certain nombre de sources potentielles d'obscurité de la loi, dont la polysémie. Cependant, bien que les mots du vocabulaire juridique soient quasi systématiquement polysémiques, l'on aurait tort de conclure à l'obscurité quasi-systématique des énoncés de normes juridiques. C'est précisément le contexte d'énonciation des mots qui permet d'éviter un tel résultat. Qu'est-ce que l'on entend alors finalement par « obscurité » de la loi ? L'obscurité de la loi peut se définir comme le doute raisonnable sur le sens d'un mot ou de plusieurs mots de la loi ? Or, comme ce doute résulte d'une divergence d'interprétations raisonnables dans un contexte d'énonciation et d'application déterminé, nous disons que le problème d'obscurité de la loi pose la question du choix entre les différentes significations raisonnables mais divergentes d'un même texte dans un contexte d'énonciation et d'application déterminé.

405. Le problème des conflits de lois pose la question du choix entre les différentes combinaisons possibles de règles en concurrence. Or, cette situation de concurrence normative résulte elle-même du fait que les présupposés de deux ou plusieurs règles se recoupent pleinement ou partiellement, en sorte qu'elles sont simultanément applicables à un seul et même cas particulier. En y regardant d'un peu plus près, l'on peut distinguer entre plusieurs types de conflits de lois. Il s'agit des conflits « cumulatifs », « alternatifs » et « exclusifs », ce dernier type de conflit étant souvent appelé « antinomie » dans la littérature juridique. Comme pour le problème d'obscurité de la loi, la constatation de l'existence d'un problème de conflit de lois dépend lui aussi déjà de l'interprétation des énoncés de normes en présence. De plus, l'analyse du concept de conflit de lois se complique en ce sens que les

critères classiques de résolution de conflits (*lex posterior...*, *lex superior...*, *lex specialia...*) sont eux-mêmes de nature à poser de multiples difficultés d'interprétation. En particulier, l'applicabilité simultanée de plusieurs critères de solution à un même conflit de lois ne manquera pas de faire naître de nouveaux conflits : les conflits de critères ou de second degré.

406. Pour ce qui est du problème de lacune de la loi, il convient d'abord de distinguer le concept de lacune, du concept de silence de la loi. Il existe un silence voulu ou « parlant » de la loi, signifiant qu'elle entend exclure le point litigieux de toute réglementation. Il s'ensuit que l'idée de lacune suppose, outre le silence de la loi, un critère supplémentaire : le silence doit être jugé inacceptable par l'interprète. Par conséquent, en l'absence de règle(s) permettant de résoudre un cas déterminé, le problème de lacune de la loi soulève la question de savoir si la loi devrait ou non la (ou les) contenir. Comme pour les conflits de lois, il est possible de distinguer entre trois espèces d'un même genre. C'est ainsi que nous avons repéré des lacunes *intra legem*, *praeter legem* et *contra legem*. Il est clair que le constat de l'une quelconque de ces lacunes présuppose que l'on ait interprété les énoncés de normes en présence ainsi que le silence de la législation. Aussi bien, l'interprétation intervient-elle dans le constat de l'existence d'un problème de lacune. Rappelons encore, sans approfondir, que la qualification du silence de la loi au regard des différentes espèces de lacunes n'est pas non plus dépourvu de toute difficulté. En particulier, il ne sera souvent pas clair si la lacune dont il s'agit est une lacune *contra legem* ou *praeter legem*.

407. Reste le problème de qualification. La qualification est l'opération intellectuelle qui consiste à classer un élément (concept concret, concept abstrait, règles, ensembles de règles) dans une catégorie ainsi que le résultat de cette opération. Cette définition implique un certain nombre de conséquences. D'une part, elle laisse entendre que la qualification peut avoir lieu aussi bien à l'égard de concepts de fait qu'à l'égard de concepts de droit. D'autre part, elle rejette l'idée que la qualification en tant qu'opération mentale puisse être une opération juridique. De plus, en retenant l'idée suggestive de classement, elle abandonne l'idée fautive, suivant laquelle la qualification serait une traduction, et l'idée inutile, d'après laquelle il s'agirait d'une subsumption. Par ailleurs, l'intérêt d'insister sur le résultat de l'opération de qualification consiste à mettre en lumière que les qualifications contribuent à définir les notions de la loi. En effet, en attribuant un sens concret à des notions abstraites, l'on contribue par là même à élaborer des significations abstraites. Enfin, il n'est pas inutile d'ajouter que la qualification n'est pas le problème de qualification. Celui-ci naît à l'occasion

de la mise en œuvre de l'opération intellectuelle de classement. Il en est une difficulté, un accroc. En conséquence, l'on peut dire que le problème de qualification pose la question de l'admissibilité ou non du classement d'un élément dans une catégorie. Cette définition fait apparaître que la constatation d'un problème de la qualification est lui aussi, comme c'est le cas de tous les autres problèmes-types, tributaire d'une interprétation, à savoir de l'interprétation des catégories au regard desquelles le classement est effectué.

Après cette définition en extension de la notion de problème de droit, nous chercherons désormais à en donner une définition en compréhension.

Chapitre II

LA DÉFINITION EN COMPRÉHENSION DE LA NOTION DE PROBLÈME JURIDIQUE

408. Nous avons étudié, au chapitre précédent, quatre types de problèmes juridiques traditionnellement distingués en doctrine. Il s'agit du problème de l'obscurité de la loi, du problème de conflits de lois, du problème de lacunes de la loi et du problème de qualification. Sans renier ces distinctions, nous tenterons, à présent, d'établir la définition en compréhension de la notion de problème juridique, c'est-à-dire une définition énonçant d'une manière générale les traits caractéristiques inhérents aux différents problèmes-types⁷⁸⁴.

409. À cet égard, il n'est peut-être pas inutile de rappeler certains éléments de cette définition qui sont d'ores et déjà acquis. En ce sens, nous avons vu qu'un « problème », d'une manière générale, est *une question dont la résolution pose un certain nombre d'obstacles ou de difficultés*⁷⁸⁵. Cette définition, lorsqu'elle s'inscrit dans le champ de la connaissance rationnelle, insistera davantage sur les méthodes de résolution desdits problèmes. Sous cet angle, le « problème » est alors *une question à résoudre par des méthodes rationnelles ou scientifiques*⁷⁸⁶.

410. Rappelons également les définitions des problèmes-types que nous avons élaborées. Le problème d'obscurité de la loi pose *la question du choix entre les différentes significations raisonnables mais divergentes d'un même texte dans un contexte d'énonciation et d'application déterminé*⁷⁸⁷. Le problème de conflit de lois soulève *la question du choix entre les différentes combinaisons possibles des règles en concurrence*⁷⁸⁸. À son tour, le

⁷⁸⁴ Sur les définitions en « compréhension » et en « extension », v. *supra*, n° 268.

⁷⁸⁵ Sur ce point, v. *supra*, n° 43 et 266.

⁷⁸⁶ Sur ce point, v. *supra*, n° 43 et 266.

⁷⁸⁷ Sur ce point, v. *supra*, n° 301.

⁷⁸⁸ Sur ce point, v. *supra*, n° 304.

problème de lacune de la loi se scinde en deux questions distinctes. Il pose à fois la *question de savoir si le silence de la loi vaut lacune ou non* et, en supposant qu'il y ait effectivement lacune, la *question du choix entre les différents comblements de lacunes que l'on peut imaginer*⁷⁸⁹. Enfin, le problème de qualification soulève la *question de l'admissibilité ou non du classement d'un élément dans une catégorie*⁷⁹⁰.

411. Il résulte d'une manière plus ou moins directe de toutes ces définitions d'espèces de problèmes juridiques que ces problèmes posent toujours *une question de choix entre solutions possibles* : choix entre significations possibles d'un seul et même texte, pour le problème d'obscurité ; choix entre combinaisons de règles, pour le problème de conflit de lois ; choix entre le silence voulu par le législateur et la reconnaissance de l'existence d'une lacune ainsi que choix entre les comblements de lacune concevables, pour le problème de lacune de la loi ; choix entre l'admission ou le rejet du classement d'un élément dans une catégorie, pour le problème de qualification.

412. À présent, il s'agira de développer l'analyse de ces situations de choix auxquelles le magistrat se trouvera confronté. Or, selon nous, tous les problèmes-types que nous venons d'examiner ne sont que des variantes d'un seul et même problème d'interprétation du droit (Section I). C'est ce dont nous voudrions convaincre dans un premier temps. Dans un second temps, nous chercherons à approfondir l'idée développée précédemment. Or, nous venons de voir que les divers problèmes de droit soulèvent invariablement des questions de choix entre solutions possibles. Appliquée au problème d'interprétation du droit, cette analyse nous conduit alors à conclure que tous les problèmes juridiques soulèvent une question de choix entre interprétations possibles du droit (Section II). Nous le verrons dans un second temps.

⁷⁸⁹ Sur ce point, v. *supra*, n° 356.

⁷⁹⁰ Sur ce point, v. *supra*, n° 396.

SECTION I

LE PROBLÈME D'INTERPRÉTATION DU DROIT

413. Nous venons de dire que tous les problèmes juridiques typiques ne constituent que des espèces d'un même genre. Tous, ils se réduisent à un problème d'interprétation du droit. Bien évidemment, cette affirmation doit être justifiée. À ce titre, l'on peut d'abord rappeler que la *constatation de l'existence* de n'importe lequel de nos problèmes-types suppose toujours l'interprétation des énoncés de normes en présence. Du point de vue de la constatation de leur existence, tous les problèmes juridiques constituent donc des problèmes d'interprétation.

414. Cependant, ce n'est pas de la constatation de l'existence des problèmes juridiques dont nous voudrions parler dans les pages qui suivent, mais du trait caractéristique inhérent à tous ces problèmes. Or, de ce point de vue, tous les problèmes soulèvent une question d'interprétation du droit. Bien sûr, cette affirmation exige que nous donnions notre propre position sur la notion d'interprétation (§ II). Mais un préalable à cette définition de l'interprétation nous facilitera la tâche. Nous montrerons d'abord que tous les problèmes-types n'expriment, en définitive, que des degrés plus ou moins importants dans l'insuffisance de la loi (§ I)⁷⁹¹.

§ I – LES DEGRÉS D'INSUFFISANCE DE LA LOI

415. Les différentes espèces de problèmes juridiques expriment non pas des différences de nature, mais des différences de degrés dans l'insuffisance de la loi (B). Cette différence de degrés et non de nature s'explique par la parenté plus ou moins forte qui existe entre les différents problèmes-types (A). Aussi bien, commencerons-nous par l'examen de cette parenté.

⁷⁹¹ Nous entendons le terme « loi » au sens large, c'est-à-dire au sens matériel. Il s'agit de toute règle de droit faisant partie du droit positif.

A. – LA PARENTÉ ENTRE LES DIFFÉRENTS TYPES DE PROBLÈMES JURIDIQUES

416. Les différents problèmes juridiques se ressemblent fortement. D’où l’idée de leur parenté. Cette parenté entre problèmes-types s’établit facilement à partir de l’examen des rapports que les problèmes juridiques entretiennent entre eux. Voyons d’abord le rapport entre les problèmes de qualification et d’obscurité de la loi. Nous venons de rappeler que le problème de qualification peut se définir comme la question de l’admissibilité ou non du classement d’un élément dans une catégorie. À son tour, le problème d’obscurité de la loi se définit comme la question du choix entre les différentes significations raisonnables mais divergentes d’un même texte dans un contexte d’énonciation et d’application déterminé. Ces deux problèmes sont inextricablement liés⁷⁹². Ainsi, pour savoir, par exemple, si des fresques arrachées du plafond d’une chapelle doivent être qualifiées « meubles » ou « immeubles », il faut déterminer le contenu de ces deux catégories. Pour savoir si un contrat de camping doit être classé dans la catégorie « contrat d’hôtellerie », il est nécessaire de connaître la signification de cette expression. De même, et nous empruntons cet exemple à Neil MACCORMICK, pour savoir si une insémination artificielle avec un tiers donneur (IAD) est un « adultère », l’interprète doit déterminer le sens du terme « adultère »⁷⁹³.

417. L’étude plus approfondie de ce lien entre le sens des termes, d’une part, et la qualification au regard de ces termes, d’autre part, nous conduit à constater une *équivalence* entre le problème de qualification et le problème d’obscurité. Raisonnant sur son exemple, M. MACCORMICK l’explique fort bien⁷⁹⁴ :

D’un point de vue de pure logique, il n’existe aucune différence entre les deux façons de poser le problème :

⁷⁹² En ce sens, v. J. BORÉ, L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, *op. cit.*, n° 65.162 : « le contrôle de la qualification juridique des faits et des actes est le moteur du contrôle de l’interprétation, car c’est lui qui oblige le juge à définir la notion légale et à dire si la situation de fait constatée peut entrer dans cette définition » ; P. WACHSMANN, v° « Qualification », in *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 1280, col. gauche ; J. J. A. SALMON, « Quelques observations sur la qualification en droit international public », in *La motivation des décisions de justice*, Ch. PERELMAN, P. FORIERS (études publiées par), Travaux du centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1978, n° 5, p. 350 : « Les actes de qualification sont une forme d’interprétation et l’interprétation d’une notion dans un sens déterminé restreindra ou élargira le champ d’application ».

⁷⁹³ En ce sens, v. N. MACCORMICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, *op. cit.*, pp. 108 et s.

⁷⁹⁴ *Ibid.*, p. 110.

- 1/ La règle qui prévoit que le divorce peut être accordé en cas d'adultère doit-elle être interprétée comme signifiant "le divorce peut être accordé en cas d'adultère (ce qui inclut la fécondation par IAD)" ?
- 2/ Pour appliquer la règle selon laquelle le divorce peut être accordé en cas d'adultère faut-il considérer la fécondation d'une femme par voie d'IAD comme un fait constitutif d'"adultère" ? ».

418. Suivant cette analyse, que nous approuvons, il n'y a pas de différence essentielle entre la question de savoir si l'élément *E* doit être classé dans la catégorie *C* – et c'est le problème de qualification – et la question de savoir si la signification de *C* est de nature à désigner *E* – c'est le problème d'obscurité à résoudre par une interprétation. Certes, nous n'affirmons pas que ces deux problèmes sont *identiques*, car la manière de poser la question n'est pas la même. Il n'empêche que la réponse à ces deux questions aboutit *in fine* au même résultat, en sorte qu'il paraît justifié de parler d'« équivalence » ou, *a fortiori*, d'une « parenté »⁷⁹⁵.

419. L'auteur britannique ajoute que « *cependant, il peut y avoir sur le plan juridique des raisons particulières de voir dans le problème de "qualification" [...] un problème différent de celui de l'interprétation [nous dirions d'obscurité], encore qu'ils soient intimement liés l'un à l'autre* »⁷⁹⁶. Quelles sont alors ces « raisons particulières », sur le plan juridique, qui justifient la distinction entre problèmes d'interprétation, ou plus précisément d'obscurité, et problèmes de qualification ? D'après cet auteur, ces raisons sont de deux ordres : la distinction permet de « *protéger la juridiction supérieure du flot incessant d'appels, ou d'éviter que des décisions en deçà d'un certain degré de précision ne fassent jurisprudence* »⁷⁹⁷. M. MACCORMICK ajoute, ce qui devrait nous intéresser au plus haut point, que la pratique du contrôle exercé par la Cour de cassation française illustre, d'une manière exemplaire, cette attitude pragmatique de distinction entre qualification et interprétation⁷⁹⁸. Voyons cette affirmation d'un peu plus près.

⁷⁹⁵ Les réponses au problème d'obscurité et au problème de qualification aboutissent finalement toutes les deux au même résultat, puisque la résolution de ces problèmes conduira à la reconnaissance ou de l'appartenance de l'élément à la catégorie.

⁷⁹⁶ *Ibid.*

⁷⁹⁷ *Ibid.*, p. 111.

⁷⁹⁸ *Ibid.* Il est vrai que M. MACCORMICK paraît se tromper en écrivant la Cour de cassation « *ne cherche pas normalement* » à connaître de la qualification. Il n'empêche que l'analyse globale, faisant de la distinction entre qualification et interprétation une question pragmatique, nous paraît tout à fait cohérente.

420. Schématiquement, l'on peut dire que la compétence de la Cour de cassation s'organise autour de trois idées-clé. Elle contrôle *toujours* l'interprétation de la loi, *parfois* la qualification des faits mais *jamais* leur appréciation⁷⁹⁹. L'on comprend dès lors que l'analyse du travail des juges du fond en termes d'appréciation des faits dispense la Cour de cassation de tout contrôle. Par contre, l'analyse du travail des juridictions inférieures en termes de qualification permet l'exercice d'un contrôle – et donc un recours en cassation – sans que ce contrôle ne devienne, pour autant, systématique⁸⁰⁰. En effet, la Cour de cassation rejette la théorie du contrôle général de toute qualification⁸⁰¹. Le contrôle ne devient systématique que lorsque l'opération effectuée par le juge du fond est qualifiée « interprétation du droit »⁸⁰². La distinction entre qualification et interprétation a donc pour fonction de permettre à la Cour de cassation de doser son intervention. Or, la reconnaissance de l'équivalence entre le problème de qualification et le problème d'interprétation ou d'obscurité devrait, logiquement, aboutir au contrôle général de toutes les qualifications, conséquence refusée par la Cour régulatrice. Tout comme notre auteur britannique, MM. BORÉ écrivent que le refus de contrôler systématiquement les qualifications « *s'inspire plus de considérations pratiques que juridiques* », la première de ces raisons pratiques consistant précisément à « *limiter les interventions de la Cour de cassation à ce qui lui paraît essentiel à l'unité du droit et de ne pas encourager une prolifération des pourvois devant une juridiction nationale unique* »⁸⁰³. Mais surtout, ajoutent les mêmes auteurs, le contrôle des qualifications par la Cour de cassation « *reste toujours subordonné à la preuve de son utilité* »⁸⁰⁴.

421. Nous ajouterons, en continuant de nous inspirer de M. MACCAORMICK, que la distinction entre qualification non contrôlée, qualification contrôlée et interprétation permet de doser la formation d'une jurisprudence. Ne pas contrôler la qualification, et donc ne pas

⁷⁹⁹ M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, *La technique de cassation, op. cit.*, p. 51.

⁸⁰⁰ En ce sens, v. J. BORÉ, L. BORÉ, *La cassation en matière civile, op. cit.*, n° 65.104.

⁸⁰¹ En ce sens, v. *ibid.* (in fine) : « *dans l'ensemble, les chambres de la Cour de cassation se montrent rebelles à la théorie du contrôle général de toute qualification et font varier leur contrôle au gré d'une politique des qualifications, qui tient compte de l'utilité de ce contrôle et de la nécessité de lutter contre les excès des juges du fond, pour dégager une solution raisonnable* ».

⁸⁰² En ce sens, v. M.-N. JOBARD-BACHELLIER, X. BACHELLIER, *La technique de cassation, op. cit.*, p. 51.

⁸⁰³ J. BORÉ, L. BORÉ, *La cassation en matière civile, op. cit.*, n° 65.165.

⁸⁰⁴ *Ibid.*

reconnaître l'équivalence entre qualification et interprétation, est un moyen d'éviter que le droit, pour reprendre une formule de Lord DENNING, ne croule « *sous le poids de nos recueils de jurisprudence* »⁸⁰⁵. C'est ainsi que l'absence de contrôle évitera toute formation d'une jurisprudence de la Cour de cassation. En revanche Par contre, lorsqu'un contrôle de la qualification est exercé, la Cour de cassation se prononcera sur le classement d'un cas dans une catégorie sans avoir pour autant à énoncer directement, à un haut degré de généralité et d'abstraction, la *compréhension* du concept qualificateur. L'on peut dire que la qualification contribue à définir l'*extension* des concepts⁸⁰⁶. Nous en avons déjà rencontré des exemples comme celui des « véhicules terrestres à moteur », dont font partie notamment les « tracteurs remorquant un rotovator », les « engins de damage de piste de ski » ou même les « automobiles immergées dans un canal », mais non les « engins de damage d'un trottoir » ou les « motoculteurs »⁸⁰⁷. Ce n'est qu'en appelant le problème juridique « problème d'interprétation », que le contrôle de la Cour de cassation devient systématique. En résumé, nous pensons que le problème d'obscurité – souvent confondu, à tort, avec le problème d'interprétation dont il ne constitue qu'une espèce⁸⁰⁸ – et le problème de qualification sont équivalents. S'ils sont habituellement distingués, c'est que cette distinction est utile parce qu'elle permet de doser l'intervention de notre Cour suprême. Il reste que la distinction a également une vertu méthodologique et pédagogique ainsi que nous l'expliquerons bientôt⁸⁰⁹.

422. Il est aussi possible de présenter le problème d'obscurité de la loi sous la forme d'un problème de conflits de lois, ce qui, là encore, nous permet d'établir leur parenté. On le sait, le problème d'obscurité de la loi pose la question du choix entre les différentes significations raisonnables mais divergentes d'un même texte. Avant de relier ce problème au problème de conflit de lois, prenons tout de suite un exemple d'obscurité que nous intitulons,

⁸⁰⁵ La formule de Lord DENNING est citée par N. MACCORMICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, *op. cit.*, p. 112.

⁸⁰⁶ Gabriel MARTY avait déjà remarqué que « *par l'identification d'une situation de fait à une notion légale, toute qualification entraîne indirectement une définition de cette notion* » (*La distinction du fait et du droit*, *op. cit.*, n° 115, p. 205). MM. BORÉ reprennent cette même idée en affirmant que « *la Cour régulatrice peut compléter la notion légale par une définition très précise, ou, au contraire, ne pas donner de définition et dire, au cas par cas, comment les faits de l'espèce doivent être légalement qualifiés. Cette seconde méthode, plus souple que la première, permettra par touches successives, à la manière des impressionnistes, de préciser le sens de la loi* » (*La cassation en matière civile*, *op. cit.*, n° 65.165).

⁸⁰⁷ Sur ce point, v. *supra*, n° 378.

⁸⁰⁸ En effet, nous pensons que le problème d'obscurité n'est qu'une espèce d'un genre beaucoup plus vaste qu'est le problème d'interprétation (v. *infra*, n° 462 et s.).

⁸⁰⁹ Sur ce point, v. *infra*, n° 442.

pour un maximum de clarté, « l'histoire du chèque de la veuve Emmanuel ». Le détail de cette « histoire » est tiré des conclusions prises par M. l'Avocat général LINDON pour un arrêt de la première chambre civile du 2 décembre 1968⁸¹⁰. En voici les faits.

423. La veuve Emmanuel avait un 4 juillet remis à l'agent local de son assureur un chèque pour payer sa prime d'assurance dont elle ne s'était acquittée ni à l'échéance, ni après mise en demeure. Un jour seulement après la remise du chèque, le 5 juillet, survint un sinistre vers 17 heures. De plus, il faut savoir que le chèque n'avait été encaissé que le 7 juillet par la Compagnie d'assurances. Pour comprendre le litige qui, par la suite, opposait la veuve à son assureur, il faut savoir en outre que l'article 16 de la loi du 13 juillet 1930 prévoit que, lorsque, à la suite de la mise en demeure par l'assureur de l'assuré de régler le montant d'une prime non payée à l'échéance, restée infructueuse, les effets de la garantie ont été suspendus, l'assurance reprend pour l'avenir « *ses effets à midi, le lendemain du jour où la prime arriérée et, s'il y a lieu, les frais, ont été payés par l'assuré* »⁸¹¹.

424. En l'espèce, l'assureur soutint que c'est seulement à compter du *lendemain à midi du jour de l'encaissement du chèque* que la police d'assurance reprend effet, c'est-à-dire le 8 juillet. La veuve Emmanuel prétendit que c'est le *lendemain à midi du jour de la remise du chèque* à l'assureur que la police reprend son cours, c'est-à-dire le 5 juillet quelques heures avant le sinistre. Bref, le problème que soulevait cette affaire était un problème d'obscurité de la loi en raison du doute suscité par l'expression « jour du paiement ». Quelle est la signification de cette expression ? L'expression « jour du paiement » signifie-t-elle « jour de l'encaissement du chèque » ou « jour de la remise du chèque » ? Observons que notre problème juridique est ici un problème de choix entre deux significations possibles d'une même expression. Il prend sa source dans l'indétermination sémantique du concept « jour du paiement » révélée par un contexte d'application spécifique : la prime arriérée avait été payée par chèque⁸¹² et non en espèces ou par un virement bancaire. Banal problème d'obscurité, nous dira-t-on. Il n'en reste pas moins vrai que ce problème peut aussi s'analyser comme un problème de conflit de lois.

⁸¹⁰ Civ. 1^{ère}, 2 déc. 1968, *J.C.P.* 1969.II.15775.

⁸¹¹ *D. P.* 1931.4.14.

⁸¹² Il ne résulte pas des conclusions de l'Avocat général, si la circonstance que le chèque ait été remis personnellement par le débiteur à l'agent local de l'assureur, a été déterminante.

425. Le problème de conflit de lois se définit comme la question du choix entre les différentes combinaisons possibles des règles en concurrence. Or, le conflit de lois lui-même se révèle lorsque les présupposés de deux ou plusieurs règles de droit se recoupent pleinement ou partiellement, en sorte qu'elles sont applicables simultanément à une seule et même situation de fait⁸¹³. En l'occurrence, les deux significations possibles de l'expression « jour du paiement » aboutissent à créer deux normes différentes. En effet, comme le remarque M. TROPER, « *dire qu'un texte peut avoir plusieurs significations, c'est affirmer qu'il peut exprimer plusieurs normes* »⁸¹⁴.

426. Dans notre exemple, l'on peut ainsi énoncer les deux normes suivantes. Première règle : *lorsque, à la suite de la mise en demeure [...], restée infructueuse, les effets de la garantie ont été suspendus, l'assurance reprend pour l'avenir ses effets, le lendemain à midi du jour de la remise du chèque à l'assureur par l'assuré*. Seconde règle : *lorsque, à la suite de la mise en demeure [...], restée infructueuse, les effets de la garantie ont été suspendus, l'assurance reprend pour l'avenir ses effets, le lendemain à midi du jour de l'encaissement du chèque par l'assureur*. Conformément à notre définition du conflit de lois, les présupposés de nos deux règles se recoupent pleinement, en sorte qu'elles sont simultanément applicables au même cas d'espèce. L'on peut donc dire qu'il existe un conflit de lois entre ces deux règles possibles et il se pose la question de leur combinaison. Il est évident qu'en l'espèce, le conflit est un conflit exclusif ou une antinomie⁸¹⁵. Les deux règles possibles sont, en effet, incompatibles entre elles. Par conséquent, il faut appliquer l'une d'entre elles au détriment de l'autre, c'est-à-dire qu'il faut choisir parmi toutes les combinaisons possibles entre ces règles, celle qui prône l'exclusion.

427. Si un problème d'obscurité peut alors s'analyser en problème de conflit de lois exclusif (ou antinomie), il est également possible de convertir un conflit de lois exclusif ou une antinomie en un problème d'obscurité⁸¹⁶. On nous rétorquera, peut-être, qu'il n'est guère

⁸¹³ Sur ce point, v. *supra*, n° 304.

⁸¹⁴ M. TROPER, « Interprétation », in *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 845, col. gauche.

⁸¹⁵ Sur ces notions, v. *supra*, n° 316.

⁸¹⁶ Dans l'histoire du chèque de la veuve Emmanuel nous avons converti un problème d'obscurité de la loi en problème de conflit de lois. La conversion inverse est également possible. Soit le conflit exclusif entre l'article 1386 et l'article 1384, alinéa 1, du Code civil (cf. *supra*, n°). L'article 1386 est applicable au « *propriétaire d'un bâtiment* ». De son côté, l'article 1384, alinéa 1, vise sans distinction, le *gardien de la chose* en évoquant simplement les « *choses que l'on a sous sa garde* » (nous soulignons). Au regard de l'exemple de la toiture arrachée (v. *supra*, n°) dont les débris sont projetés contre des propriétés voisines, les deux textes semblent

commode, voire même qu'il est artificiel, de transformer ainsi un problème d'obscurité en un problème de conflit de lois ou vice versa. À vrai dire, une telle critique, qui n'est pas sans pertinence, n'affecte cependant aucunement notre démonstration. De fait, ce n'est pas parce qu'une analyse s'avère moins aisée ou compliquée qu'elle devient nécessairement inexacte. De plus, nous n'affirmons pas que les deux problèmes sont identiques, dans la mesure où ils ne s'énoncent pas de la même manière. Nous disons simplement qu'ils sont apparentés.

428. Par ailleurs, nous sommes prêts à reconnaître qu'il ne paraît guère possible de transformer un conflit cumulatif ou alternatif en problème d'obscurité de la loi. En effet, la question de savoir si deux règles sont applicables cumulativement ou alternativement à un même cas d'espèce ne semble pas liée directement à une pluralité de significations d'un même texte, mais procède d'autres considérations interprétatives plus larges tenant notamment au but de la loi ou à des considérations d'opportunité. Cela dit, si tous les conflits de lois ne peuvent s'analyser en termes de problèmes d'obscurité, ils peuvent néanmoins tous être convertis en problèmes de lacunes de la loi, comme nous allons le voir à présent.

429. Rappelons *qu'il y a conflit de lois (cumulatif, alternatif ou exclusif) lorsque les présumés de deux ou plusieurs règles se recoupent pleinement ou partiellement, en sorte qu'elles sont applicables simultanément à une seule et même situation de fait*. Un tel problème soulève toujours un problème de lacune. En effet, comme il existe un conflit de lois, il n'existe pas de règle de droit pour le trancher alors qu'il devrait exister une disposition ordonnant soit le cumul, soit le choix alternatif, soit l'exclusion de l'une des règles en présence⁸¹⁷. Prenons, pour illustrer, le problème posé par « l'histoire de la supériorité des traités ».

simultanément applicables parce que, en l'occurrence, le défendeur à l'action en réparation est à la fois gardien de la chose et propriétaire du bâtiment. En l'espèce, en termes de conflit de lois exclusif, le problème juridique posé peut se formuler comme suit : lorsque l'article 1384, alinéa 1, et l'article 1386 sont simultanément applicables à une situation de fait, lequel des deux textes exclut l'autre ? En l'occurrence, le problème posé est un problème de choix entre règles. Mais, il revient exactement au même d'interroger la signification du mot « gardien de la chose » ou du mot « propriétaire de bâtiment ». Est-ce que le sens de l'expression « gardien de la chose » inclut « le propriétaire de bâtiment » ? Ou bien, est-ce que la signification de la formule « propriétaire de bâtiment » recouvre « le propriétaire gardien de bâtiment » ? En ce cas, nous sommes en présence d'un problème d'obscurité qui se pose comme un problème de choix entre deux significations possibles d'un mot ou d'un ensemble de mot.

⁸¹⁷ Nous avons dit qu'il y a lacune de la loi lorsqu'elle ne comporte pas de règle(s) permettant à l'interprète de résoudre un cas déterminé, alors qu'elle devrait la (ou les) contenir (cf. *supra*, n° 353).

430. Cette « histoire » est formée de deux arrêts, l'un rendu par la Cour de justice des Communautés européennes – il s'agit de l'arrêt *Costa c. E.N.E.L.* du 15 juillet 1964⁸¹⁸ –, l'autre par la Cour de cassation française – et il s'agit de l'arrêt *Jacques Vabre* du 24 mai 1975⁸¹⁹. Ces affaires posaient le problème du conflit entre, d'une part, le Traité instituant la Communauté économique européenne, c'est-à-dire le Traité de Rome du 25 mars 1957, et, d'autre part, une loi nationale *postérieure* incompatible avec ce Traité. Quelle norme fallait-il appliquer ? L'application, par le juge national, du traité antérieur au détriment de la loi nationale postérieure n'aurait-elle pas constitué une violation de la volonté parlementaire ? L'on sait que la situation inverse, celle d'un traité international postérieur et contraire à une norme nationale antérieure, ne pose guère de difficultés. Comme dans un conflit entre deux normes de même rang hiérarchique, il suffit d'appliquer les règles gouvernant les conflits de lois dans le temps pour résoudre l'incompatibilité : *lex posterior derogat legi priori*⁸²⁰. Mais comment résoudre le conflit entre une volonté parlementaire incompatible avec un traité international antérieur ?

431. Comme nous venons de le dire, la Cour de justice des communautés européennes s'est prononcée sur cette délicate question dans son célèbre arrêt *Costa c. E.N.E.L.* rendu sur les conclusions conformes de l'Avocat général LAGRANGE. Saisi d'un renvoi préjudiciel, la Cour de Luxembourg avait à prendre position sur le conflit entre une loi italienne de nationalisation de la production d'électricité et un certain nombre de dispositions issues du Traité de Rome antérieur à la loi italienne. Ainsi que l'écrivait l'Avocat général LAGRANGE, « *le problème est celui de la coexistence de deux normes juridiques contraires (par hypothèse) et également applicables dans l'ordre interne, l'une émanant du traité ou des Institutions de la Communauté, l'autre des instances nationales : laquelle doit prévaloir tant qu'il n'a pas été mis fin à la contrariété ? Telle est la question* »⁸²¹.

432. *A priori*, le problème se présente donc comme un conflit de normes. En même temps, il peut s'analyser en une lacune du traité puisque la « *primauté* [du droit communautaire sur les droits internes des États membres] *n'est pas inscrite en termes*

⁸¹⁸ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, aff. 6/64, *Rec.* 1964.1179, concl. M. LAGRANGE.

⁸¹⁹ Ch. mixte, 24 mai 1975, *D.* 1975.497, concl. TOUFFAIT ; *GADIP* N° 55-56.

⁸²⁰ Sur les conflits de lois dans le temps, v. *supra*, n° 328 et s.

⁸²¹ M. LAGRANGE, *concl. préc.*, p. 1174.

explicites dans les dispositions des traités qui n'énoncent aucune règle de principe à cet égard »⁸²². Dans l'arrêt *Jacques Vabre*, par contre, le même problème de conflit de lois soulevait une question d'interprétation de l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958. Celui-ci dispose, en effet, que « *les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ». Il existe donc en droit français une règle ordonnant la supériorité hiérarchique du traité sur la loi nationale. Cependant, cet article n'était pas sans ambiguïtés. De fait, sa formule ne précisait pas si les traités devaient uniquement prévaloir sur les lois « antérieures » ou bien s'ils l'emportaient également sur les lois qui leur sont « postérieures ». Cette fois-ci, le problème originel de conflit de lois se transforme donc en un problème d'obscurité de la loi, c'est-à-dire en une question de choix entre significations divergentes d'un même texte: l'expression « lois » figurant à l'article 55 de la Constitution signifie-t-elle « lois antérieures » ou signifie-t-elle « lois antérieures et postérieures » ?

433. Revenons aux conflits de lois posant un problème de lacune. D'autres ont, avant nous, insisté sur le lien entre lacunes et antinomies. PERELMAN nous apprend ainsi que « *l'antinomie s'accompagne d'une lacune quand aucune règle de solution d'antinomie n'a été prévue pour tirer le juge de l'embarras dans lequel le plonge l'existence de deux directives incompatibles. C'est dans ce cas d'ailleurs que l'antinomie paraît la plus troublante, quand, à défaut de texte légal, la doctrine et la jurisprudence doivent suppléer à l'insuffisance de la loi* »⁸²³. En un même sens, FORIERS écrivait qu'« *en somme la fausse lacune [il s'agit de notre lacune *contra legem*] n'est qu'un cas particulier d'antinomie en ce sens que la norme écrite existante est en contradiction avec une norme non écrite tirée de l'idée de justice, de l'intérêt social ou du bien général* »⁸²⁴.

434. Ces positions nous semblent tout à fait exactes sauf à les généraliser. Tout conflit de lois, qu'il soit cumulatif, alternatif ou exclusif, pose toujours un problème de lacune, parce que, en tous ces cas, il appartient à l'interprète de déterminer le rapport entre les normes en conflit. Or, la détermination de ce rapport pourra toujours prendre la forme d'une règle. Un

⁸²² J. BOULOIS, R.-M. CHEVALLIER, note sous, CJCE, 15 juillet 1964, *GACJCE*, N° 31, p. 140.

⁸²³ Ch. PERELMAN, « Essai de synthèse », in *Les Antinomies en droit*, *op. cit.*, p. 400.

⁸²⁴ P. FORIERS, « Les lacunes du droit », in *Le problèmes des lacunes en droit*, *op. cit.*, p. 10.

autre auteur, traitant lui aussi exclusivement des antinomies, ne semble, toutefois, admettre l'existence d'une lacune que dans le cas où les critères traditionnels de solution des antinomies (les critères chronologique, hiérarchique, de spécialité) ne permettent pas de résoudre le conflit⁸²⁵. Cette analyse nous paraît erronée. Le conflit de lois soulève un problème de lacune, parce qu'il n'existe pas de règle pour le trancher. Et le fait même que l'on ait recours à des critères traditionnels d'interprétation (*lex posterior...*, *lex superior...*, *lex specialia...*), démontre précisément qu'il manque une règle pour trancher le conflit alors qu'une telle règle devrait exister.

435. En conclusion, la parenté que nous venons d'établir entre problèmes juridiques, n'est ni une identité, ni une équivalence systématique. Elle n'est pas une identité parce que la formulation du problème diffère d'une difficulté à l'autre. Elle n'est pas non plus une équivalence systématique, parce qu'il ne s'avère pas possible de convertir l'un vers l'autre tous les problèmes-types. Ainsi, comme nous l'avons déjà relevé, il nous semble très artificiel, voire impossible, d'établir une équivalence entre un conflit de lois cumulatif ou alternatif et un problème d'obscurité. La même affirmation peut se faire sur le rapport entre une lacune *intra legem*, provenant par exemple du défaut d'un décret d'application d'une loi, et un problème de qualification ou un conflit de lois. Sans entrer dans le détail de tous les rapports possibles et imaginables entre problèmes juridiques, il nous suffit de constater simplement qu'il existe une ressemblance ou une parenté entre eux. À l'instar d'une relation de famille, nos problèmes entretiennent des relations plus ou moins étroites.

Ces rapports de parenté plutôt que d'exclusion permettent d'établir qu'en fin de compte, nos différents problèmes-types n'expriment non pas une différence de nature mais une différence de degrés dans l'insuffisance de la loi.

B. – UNE DIFFÉRENCE DE DEGRÉS ET NON DE NATURE

436. Les pages qui précèdent ont montré qu'un même problème peut, éventuellement, être analysé de diverses manières, sans que l'on doive nécessairement en déduire l'inexactitude des analyses retenues. Reprenons, un instant, « l'histoire du chèque de

⁸²⁵ En ce sens, v. Ph. GÉRARD, « Antinomies », *art. préc.*, n° 4, p. 39, col. gauche.

la veuve Emmanuel ». Il est possible d'analyser de quatre manières différentes la difficulté juridique qu'a soulevée cette affaire : 1. le jour de la remise du chèque par l'assuré à l'assureur peut-il être qualifié « jour du paiement » au sens de l'article 16 de la loi du 13 juillet 1930 ? (problème de qualification) ; 2. l'expression « jour de paiement » signifie-t-elle jour de l'encaissement ou jour de la remise du chèque ? (problème d'obscurité) ; 3. entre la règle qui prévoit que « l'assurance reprend pour l'avenir ses effets, le lendemain à midi du jour de la remise du chèque » et celle qui prévoit qu'elle reprend ses effets le « lendemain à midi du jour de l'encaissement » quelle est celle qui doit être retenue au détriment de l'autre ? (problème du conflit de lois exclusif ou d'antinomie) ; 4. quelle est le complément qui doit être ajouté à l'article 16 de la loi du 13 juillet 1930 pour permettre son application ? L'article 16 de cette loi présente, en effet, une lacune *intra legem*⁸²⁶ que l'on pourrait combler en ajoutant un alinéa nouveau à la disposition existante. Cette disposition pourrait prendre la forme d'une règle de définition du genre : *lorsque le paiement est effectué par chèque, on entend par « jour du paiement », au sens de l'alinéa précédent, le jour de la remise du chèque.*

437. Que faut-il déduire de ce phénomène étrange suivant lequel un même problème peut être analysé de multiples façons ? Il semble que ce phénomène s'explique par la possibilité de résoudre de manières différentes une seule et même difficulté. Quelle était, en effet, cette difficulté dans « l'histoire du chèque de la veuve Emmanuel » ? Il s'agissait de savoir si le paiement par chèque effectué par la veuve avait permis à l'assurance de reprendre ses effets avant la survenance du sinistre. Or, il existait plusieurs manières de répondre à cette question. Oui, pouvait-on dire, l'assurance avait repris ces effets avant le sinistre, parce que le jour de la remise du chèque par l'assuré à l'assureur peut être qualifié « jour du paiement » au sens de l'article 16 de la loi du 13 juillet 1930. Ou bien, l'on pouvait affirmer que l'assurance avait repris ces effets avant le sinistre, parce que l'expression « jour du paiement » signifie jour de la remise du chèque. L'on pouvait dire encore qu'entre deux règles en conflit résultant de l'interprétation d'un même texte, il faut retenir celle qui ... etc.

438. Si l'on peut ainsi répondre à une même difficulté de départ en résolvant différents types de problèmes de droit, l'on peut légitimement s'interroger sur valeur de la classification des problèmes de droit que nous avons proposée. À quoi la conceptualisation

⁸²⁶ Il y a lacune *intra legem* lorsqu'une règle ou un ensemble de règles existantes ne peuvent être appliqués sans qu'il leur soit ajouté un complément qui devrait exister. Sur ce point, v. *supra*, n° 358.

des problèmes de droit peut-elle bien servir, si une même difficulté de départ est susceptible d'être classée dans n'importe laquelle de nos catégories de problèmes-types.

439. À notre sens, tous les types de problèmes juridiques désignent une certaine *insuffisance* de la loi. Or, cette insuffisance peut être plus ou moins importante. L'article 4 du Code civil semble conforter cette analyse en interdisant au juge de refuser de juger sous prétexte du « *silence* », de « *l'obscurité* » ou de « *l'insuffisance de la loi* »⁸²⁷. Après certains auteurs, nous avons déjà remarqué qu'« *obscurité et silence sont des formes particulières d'insuffisance de la loi* »⁸²⁸, sauf à préciser que le silence traduit une « *insuffisance plus radicale* » que l'obscurité⁸²⁹. Il en résulte que la distinction des problèmes de qualification, d'obscurité, de conflits de lois, et de lacune n'exprime qu'une différence de degrés, et non de nature, dans le caractère déficient du droit.

440. Énoncés dans cet ordre, chaque problème constitue *a priori* un degré supplémentaire dans l'insuffisance du droit. Parallèlement, ces différences de degrés dans la déficience du droit marquent des différences d'intensité dans l'exercice du pouvoir créateur du juge. Autrement dit, il semble que le problème de la qualification soit le problème juridique le moins important du point de vue de l'exercice du pouvoir prétorien. De fait, la qualification contribue à préciser l'extension d'un concept, même si le sens concret attribué à une catégorie lors d'une qualification peut modifier cette catégorie, c'est-à-dire aboutir à sa redéfinition au niveau abstrait⁸³⁰. Le pouvoir créateur du magistrat augmente d'un cran, lorsqu'il résout un problème d'obscurité. En ce cas, le juge agit directement sur un sens abstrait, en énonçant, par exemple, une définition en compréhension ou l'un de ses éléments. Le problème de conflit de lois engage encore davantage le pouvoir prétorien. De fait, la résolution d'un conflit de lois peut, en cas de conflit exclusif, aboutir à écarter une règle qui avait pourtant vocation à s'appliquer au cas d'espèce. Enfin, en cas de lacunes de la loi, le juge prend, en la comblant, la place du législateur. C'est dans en ce cas de figure que le pouvoir normatif exercé par le juge paraît le plus important.

⁸²⁷ Sur ce point, v. *supra*, n° 271.

⁸²⁸ M.-A. FRISON-ROCHE, « Art. 4, Déni de justice et interprétation de la loi par le juge », *Juris-cl. civ.*, n° 49.

⁸²⁹ Ch. HUBERLANT, « Les mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi », in *Le problème des lacunes en droit, op. cit.*, pp. 44-45.

⁸³⁰ Sur ce point, v. *supra*, n° 194 ss. et 397 ss.

441. Une telle gradation des problèmes en fonction du pouvoir normatif exercé par la jurisprudence pour les résoudre est, bien évidemment, toute relative. En effet, la résolution d'un problème de qualification peut avoir, dans certains cas, des conséquences d'une importance extrême. Que l'on songe un instant à « l'histoire de la supériorité des traités » et, plus précisément, à l'arrêt *Jacques Vabre* du 24 mai 1975⁸³¹. Au demeurant, cet arrêt posait un problème de conflit de lois entre, d'une part, un traité international (le Traité de Rome) et, d'autre part, une loi nationale postérieure. Mais on le sait, l'article 55 de la Constitution dispose que « *les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois [...]* ». Au regard de cette disposition, le problème de conflit de lois initial, se laisse transformer en un problème de qualification. En effet, en qualifiant « loi », au sens de l'article 55, une loi nationale postérieure à un traité, il devient possible de résoudre le conflit de départ. En même temps, une telle qualification résout un problème d'une importance politique considérable. De fait, par la qualification adoptée, les juges de cassation n'ont fait rien moins que de destituer le législateur parlementaire de sa suprématie dans l'ordre juridique interne.

442. Malgré la relativité du classement des difficultés juridiques dans les différentes catégories de problèmes-types, il existe tout de même de bonnes raisons pour maintenir cette classification. Ces raisons sont essentiellement d'ordre méthodologique et politique. D'un point de vue méthodologique, il est judicieux que les interprètes, dont en premier lieu les magistrats, soient aptes à se représenter, à conceptualiser le problème qu'ils sont appelés à résoudre. Selon l'analyse du problème qui est retenue, sa formulation ne sera pas la même, comme notre exemple du chèque de la veuve Emmanuel a permis de l'établir⁸³². Or, toutes les formulations ne sont pas pareillement adaptées⁸³³. Ensuite, d'un point de vue politique, en raison du principe de la séparation des pouvoirs qui gouverne toute société démocratique, il est important pour les magistrats de se représenter, par degrés, le pouvoir qu'ils exercent. Au-delà d'une certaine limite, dont la localisation est incertaine, ils doivent abdiquer leur compétence au profit de celle du législateur. Les juges ne sauraient combler toutes les lacunes,

⁸³¹ Pour le détail de cette « histoire », v. *supra*, n° 430.

⁸³² Sur ce point, v. *supra*, n° 436.

⁸³³ Sur ce point, v. *supra*, n° 428.

ni même tous les conflits de lois ou problèmes d'obscurité⁸³⁴. D'une manière plus générale, plus une intervention prétorienne est importante, mieux elle devra être réfléchie et plus elle devra être justifiée. La distinction entre problèmes juridiques est donc aussi un moyen d'inciter le magistrat à la prudence et à la réflexion.

443. Notre analyse des problèmes juridiques en degrés d'insuffisance du droit rejoint, semble-t-il, celle des auteurs germaniques. Ceux-ci distinguent entre deux grands types d'interventions prétoriennes : l'« *interprétation de la loi* » (*Gesetzesauslegung*) et le « *développement prétorien du droit* » (*richterliche Rechtsfortbildung*)⁸³⁵. Le développement du droit peut lui-même se décomposer en deux niveaux, à savoir le « *développement du droit immanent à la loi* » (*gesetzesimmanente Rechtsfortbildung*) et le « *développement du droit au-delà de la loi* » (*gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung*)⁸³⁶. Ces distinctions n'ont rien de rigide. Aussi, M. CANARIS et LARENZ écrivent-ils que l'« *interprétation de la loi et le développement prétorien du droit ne doivent pas être considérés comme distincts par nature (wesensverschieden), mais seulement comme des degrés (Stufen) distincts du même processus intellectuel. Cela veut dire que déjà la simple interprétation de la loi par un tribunal représente, même si le tribunal n'en a souvent pas lui-même conscience, un développement du droit, tout comme, de l'autre côté, le développement prétorien du droit au-delà de la loi se sert toujours encore de méthodes "interprétatives" au sens large* »⁸³⁷. Bref, d'après nos auteurs, les passages entre ces trois niveaux d'intervention prétorienne sont « *fluides* »⁸³⁸. C'est à la même conclusion qu'aboutit notre propre classement des problèmes juridiques. Tous nos problèmes juridiques conceptualisent, d'une manière toute relative, une insuffisance plus ou moins importante de la loi et, partant, une intervention prétorienne plus ou moins intense. Or, cette intervention prétorienne exigée pour résoudre n'importe lequel de nos problèmes-types consiste en une interprétation du droit. Nous nous en expliquerons dans le paragraphe qui suit.

⁸³⁴ Rappelons qu'il est interdit au juge judiciaire ou administratif de résoudre les conflits de lois entre une règle constitutionnelle et, par exemple, une règle de source parlementaire. De même, il ne saurait résoudre un problème d'obscurité de la Constitution.

⁸³⁵ K. LARENZ, Cl.-W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, op. cit., K. 5, 1, p. 187. Adde, E. A. KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, op. cit., II, 1, p. 39 et III, 1, p.131.

⁸³⁶ *Ibid.* Adde, E. A. KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, op. cit., III, 1, pp. 132-133.

⁸³⁷ *Ibid.*

⁸³⁸ E. A. KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, op. cit., III, 1, p.134.

§ II – LA NOTION D'INTERPRÉTATION DU DROIT

444. Tous les problèmes juridiques typiques (obscurité, conflit de lois, lacunes, qualification) sont des problèmes d'interprétation du droit. Telle est la définition en compréhension de la notion de problème juridique que nous proposons et telle est la position que nous aurons désormais à justifier. Il suivra de cette définition que les hypothèses juridiques, en tant que réponses possibles à un problème de droit, pourront se définir, à leur tour, comme des interprétations possibles du droit. Il est vrai que cette définition en compréhension des problèmes juridiques, ainsi que des hypothèses, ne va pas de soi. L'on sait, en effet, que l'interprétation fait partie de « *ces thèmes qui découragent l'analyse* », tellement elle résiste « *à la conceptualisation et à la classification* »⁸³⁹. L'interprétation suscite elle-même un « *foisonnement d'interprétations* »⁸⁴⁰. « *Rien n'est plus fluctuant que ce terme* », disait Michel VILLEY⁸⁴¹. Faces à l'annonce de ces difficultés, nous tenterons de justifier de manière particulièrement ferme nos propres conceptions de l'interprétation. Nous le ferons en démontrant, dans un premier temps, que toute interprétation est créatrice (A), ce qui nous conduira, dans un second temps, à reconnaître à la notion d'interprétation un caractère extensif (B).

A. – LE CARACTÈRE CRÉATEUR DE TOUTE INTERPRÉTATION

445. Toute interprétation est nécessairement créatrice. Elle l'est d'abord pour une raison que nous avons déjà rencontrée, à savoir le caractère foncièrement polysémique du langage ordinaire et donc du langage juridique (les juristes français parlent français !). L'immense majorité des termes du vocabulaire juridique sont des mots polysémiques. Il en résulte que « *tout énoncé juridique comporte une pluralité de significations possibles, entre lesquelles il est nécessaire d'arbitrer ; l'interprétation n'est donc pas le résultat d'une*

⁸³⁹ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, « Interprétation », in *Vocabulaire fondamental du droit*, A.P.D. N° 35, 1990. 165.

⁸⁴⁰ *Ibid.*

⁸⁴¹ M. VILLEY, « Préface », in *L'interprétation dans le droit*, A.P.D. N° 17, 1972.3.

activité intellectuelle de connaissance mais le résultat d'un choix »⁸⁴². Certes, il se peut fort bien que les choix effectués par les interprètes, et avant tout par les magistrats, ne soient pas toujours des choix conscients. Il n'est, en effet, pas du tout sûr que les juges aient conscience du fait que l'interprétation est nécessaire pour la simple lecture d'une règle juridique et que le clarté de son sens résulte, en vérité, de leurs propres compétences, du contexte d'énonciation de la règle ainsi que de son éventuel contexte d'application⁸⁴³. Il n'en reste pas moins vrai que la personnalité de l'interprète et les contextes d'énonciation et d'application des règles conduisent l'interprète à des choix entre interprétations possibles. Nier de tels choix, revient, en définitive, à participer à ce que François OST appelle le « *refoulement de l'interprétation* »⁸⁴⁴. Par la nécessité même d'attribuer de la signification aux énoncés ainsi que par ses choix conscients ou inconscients entre significations possibles, l'interprète, qu'on le veuille ou non, intervient activement dans la création des normes⁸⁴⁵.

446. Cette participation active de l'interprète à l'élaboration des normes permet de réfuter les théories de l'interprétation qui voient dans l'interprétation tantôt un acte de découverte, de déclaration ou de description des significations, tantôt un acte créateur ou de construction⁸⁴⁶. À proprement parler, le sens n'est jamais « découvert », et cela même si l'interprète recherche la volonté du législateur. Non pas que cette volonté n'existe pas. Mais elle est déjà une construction intellectuelle et non un donné ou chose à découvrir.

447. De fait, nous avons déjà vu que le concept de volonté du législateur est un concept complexe, en ce sens qu'il comporte autant d'aspects que la notion de signification

⁸⁴² J. CHEVALLIER, « L'interprétation des lois », in *Le titre préliminaire du Code civil*, G. FAURÉ, G. KOUBI (sous la dir. de), Paris, Economica, col. Études juridiques, 2003, p. 129. Adde, R. GUASTINI, « Interprétation et description de normes », in *Interprétation et droit*, P. AMSELEK (sous la direction de), Bruxelles, Aix-Marseille, Bruylant, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1995, art. préc., p. 101 : « *interpréter n'est pas décrire, mais décider de la signification des normes* ».

⁸⁴³ Sur ce point, v. *supra*, n° 151, n° 282 ss. et n° 299.

⁸⁴⁴ F. OST, « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », in *L'interprétation en droit, Approche pluridisciplinaire*, M. VAN DE KERCHOVE (sous la dir. de), Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1978, p. 111, entre guillemets et en italiques dans le texte.

⁸⁴⁵ En ce sens, v. J. CHEVALLIER, « L'interprétation des lois », art. préc., p. 129 : « *L'interprétation se présente ainsi comme un acte de volonté, par lequel l'interprète intervient directement dans le processus de création de normes* ».

⁸⁴⁶ En ce sens, v. Y. PACLOT, *Recherche sur l'interprétation juridique*, Thèse, dactyl., Paris, 1988, n° 439, p. 384 : « *l'interprétation juridique est elle-même une double opération : elle est, en premier lieu, découverte d'un sens caché, correspondant à une pensée préexistante, et dont l'expression seule est défectueuse ; elle est, en second lieu, construction d'un sens indépendamment de toute recherche "rétro-subjective"* ».

elle-même⁸⁴⁷. Il est, en effet, possible d'exprimer une volonté par rapport à tous les aspects de la notion de sens (le sens abstrait et le sens concret, le sens référentiel et la force des énoncés, le sens-signification et le sens-direction etc.). Mais au-delà de cette richesse du concept, l'idée même d'une « volonté du législateur » est déjà une construction. Celle-ci ne saurait, en effet, se confondre avec la « *pensée réelle, subjective, psychologique et historique* »⁸⁴⁸ ayant animé chacun de ceux qui ont participé à l'élaboration de la norme. La volonté législative est une volonté collective « *qui n'a aucun lien nécessaire avec l'état d'esprit des personnes qui ont effectivement contribué à l'élaboration et à l'adoption du texte* »⁸⁴⁹. En conséquence, bien loin de correspondre à une réalité vérifiable empiriquement, l'intention ou la volonté législative constitue un « *“concept technique”* »⁸⁵⁰, un « *construit juridique* »⁸⁵¹. Plus précisément, on entend par intention du législateur « *celle qu'il convient d'attribuer à une personne raisonnable qui aurait rédigé le texte dans le contexte dans lequel il a été effectivement rédigé. En dernière analyse, l'intention du législateur, c'est l'intention du texte, l'intention que le texte manifeste* »⁸⁵². Or, si c'est le texte qui manifeste finalement l'intention du législateur, c'est que l'on présume que le législateur est rationnel et que ce législateur rationnel « *a réussi à dire ce qu'il voulait dire* »⁸⁵³. Il s'ensuit que le « législateur » est lui-même, en fin de compte, un « *personnage imaginaire* » paré d'un certain nombre d'attributs de la rationalité qui font de lui qu'il soit « *bon* »⁸⁵⁴.

⁸⁴⁷ Sur ce point, v. *supra*, n° 182.

⁸⁴⁸ P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, op. cit., p. 7.

⁸⁴⁹ *Ibid.*, pp. 7-8.

⁸⁵⁰ *Ibid.*, p. 8 et 17.

⁸⁵¹ *Ibid.*, p. 17.

⁸⁵² *Ibid.*, p. 8.

⁸⁵³ F. OST, « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », art. préc., p. 111. Adde, F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 1, op. cit., n° 101, p. 277 : « Or, la loi étant le produit de l'activité consciente et réfléchie de son auteur, non seulement celui-ci a dû se représenter exactement la règle qu'il entendait établir, mais il doit être supposé également avoir choisi, avec réflexion et préméditation, les mots qui traduisent fidèlement sa pensée et son vouloir. C'est donc à la formule de la loi, que l'on doit s'adresser tout d'abord ».

⁸⁵⁴ N. BOBBIO, « Le bon législateur », in *Le raisonnement juridique*, Actes du congrès mondial de philosophie du droit et de philosophie sociale, H. HUBIEN (actes publiés par), Bruxelles, Bruylant, 1971, 244. Suivant l'auteur italien, le portrait du bon législateur se présente comme suit : ce législateur est « *parfaitement juste (au sens de justice formelle), cohérent (au sens de cohérence logique), raisonnable (au sens de la Zweckrationalität de Max Weber). En outre il est vu comme quelqu'un qui, sans exception aucune, dit uniquement ce qu'il doit dire, sans une phrase de plus ou de moins* ».

448. Cette construction ou créativité à l'œuvre dans la recherche du sens des lois résulte très clairement des indications que nous fournissent les auteurs mêmes qui nous invitent à effectuer cette recherche. François GÉNY, par exemple, pour qui « *interpréter la loi revient simplement à rechercher le contenu de la volonté législative à l'aide de la formule qui l'exprime* »⁸⁵⁵, décrit, en vérité, un processus hautement complexe d'élaboration de cette volonté⁸⁵⁶. Aussi, nous dit-il, est-ce avant tout à « *la formule du texte qu'il faut demander la révélation de la volonté législative* »⁸⁵⁷. Mais, « *sans dépasser cette formule, il faut savoir pourtant en tirer tout ce qu'elle contient* ». Comment faire ? D'une manière générale, nous répond notre auteur, « *à cet égard, et dans les seules limites imposées par le bon sens, la plus grande latitude me paraît se recommander à l'interprète* » (nous soulignons)⁸⁵⁸. Sans entrer dans le détail, cela veut dire que l'interprète doit tirer toutes les conséquences juridiques des « *conceptions juridiques* »⁸⁵⁹ formellement énoncées par le législateur, ou implicites dans ses dispositions⁸⁶⁰. De plus, il faudra tenir compte de la « *logique interne* »⁸⁶¹ du texte et, éventuellement, combiner les dispositions à interpréter avec « *les dispositions de lois différentes* »⁸⁶². Ensuite, il convient de tenir compte du « *but propre de la loi (ratio legis)* », ainsi que du « *milieu social et juridique, d'où la loi est issue* », ce dernier étant déterminé par les « *précédents historiques* », par « *l'occasion précise de la loi (occasio legis)* » ou encore

⁸⁵⁵ F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit., n° 98, p. 265. Cette définition restrictive de l'interprétation est celle de « l'interprétation de la loi proprement dite » (n° 98, p. 265). GÉNY oppose ce type d'interprétation à une interprétation au sens large, « l'interprétation juridique, envisagée dans son ensemble » (n° 98, p. 267). En effet, « *la loi n'est que l'un des nombreux éléments de l'interprétation juridique, envisagée dans son ensemble. Insuffisante par elle-même à satisfaire toutes les exigences des rapports humains, qui méritent reconnaissance juridique, elle [la loi écrite] admet, à côté d'elle, d'autres sources formelles de droit positif, à défaut desquelles reste encore une place nécessaire à la libre recherche scientifique. De sorte, qu'en restreignant, par une stricte interprétation, la portée des décisions légales, j'aboutis à ouvrir la voie à d'autres sources plus souples, ou à réserver des questions plus nombreuses à une interprétation simplement dominée par une libre recherche scientifique* » (n° 98, p. 267) (nous soulignons).

⁸⁵⁶ Pour une illustration du caractère très complexe et forcément créateur du processus de détermination de la volonté législative, v. également Y. PACLOT, *Recherche sur l'interprétation juridique*, op. cit., n° 440 et s., pp. 384 et s.

⁸⁵⁷ *Ibid.*, n° 101, pp. 276-277.

⁸⁵⁸ *Ibid.*, n° 101, p. 277.

⁸⁵⁹ Les « conceptions juridiques » sont des propositions qui ont « *inspiré le législateur et dominé ses décisions, sans donner lieu pourtant à des règles de droit proprement dites* » (*ibid.*, n° 101, p. 278). GÉNY semble avoir conscience que ces conceptions ne peuvent pas être facilement distingués des « règles générales et abstraites, qu'il faut tenir pour obligatoires, avec toute la portée que manifeste leur formule légale » (*ibid.*, n° 101, p. 280).

⁸⁶⁰ En ce sens, v. spécialement, *ibid.*, n° 101, p. 280.

⁸⁶¹ *Ibid.*, n° 102, p. 285.

⁸⁶² *Ibid.*, n° 102, p. 286.

par « *les conceptions régnantes dans l'esprit de ses auteurs* »⁸⁶³. À ces éléments, il convient encore d'ajouter « *les travaux préparatoires de la loi* » qui peuvent « *parfois* » éclairer le texte⁸⁶⁴, sans oublier les « *principes et conceptions* » en tant qu'ils ont exercé une influence « *sur la pensée subjective qui a élaboré la loi* »⁸⁶⁵. De toute manière, tous ces éléments dirigeant l'interprétation de la formule du texte, ne peuvent jamais être utilisés qu'à la condition « *qu'ils contribuent positivement à découvrir la volonté du législateur. Ce qui revient à dire, qu'on ne les doit faire entrer ici en ligne de compte, que dans la mesure de l'impression subjective, dont ils peuvent témoigner chez les auteurs de la loi* »⁸⁶⁶.

449. La complexité même de ce programme de « découverte » du sens voulu par le législateur, démontre, bien plus qu'il n'en était besoin, qu'il ne s'agit nullement d'une découverte mais d'une création pouvant aboutir à des résultats forts différents en raison de la multiplicité des critères. La prétendue pensée « subjective » est, à la vérité, une pensée rationnellement élaborée à partir d'une pluralité d'arguments interprétatifs qui sont susceptibles de converger plus ou moins. Cela ne veut pas dire, toutefois, que le concept d'intention du législateur est inutile. Au contraire, en tant que concept technique il est indispensable pour l'interprétation de la loi.

450. Effectivement, les rédacteurs d'une loi, comme le remarque un auteur, « *agissent selon la croyance qu'il est possible, grâce au langage, de communiquer une pensée et d'exercer une contrainte sur le sens qui sera donné au texte par ceux qui le liront. Ils travaillent parfois de longues heures à figoler les textes afin d'exprimer le plus clairement et le plus précisément possible les règles que le texte édicte, de manière à être bien compris par ceux qui le liront* »⁸⁶⁷. Et à l'auteur d'ajouter fort pertinemment que « *ce travail serait absurde si l'on devait admettre l'impuissance du rédacteur à influencer sur le sens que l'interprète donnera au texte. Si la notion d'intention du législateur n'existait pas, il faudrait*

⁸⁶³ *Ibid.*, n° 103, p. 288.

⁸⁶⁴ *Ibid.*, n° 103, p. 288. *Adde*, sur le rôle des travaux préparatoires dans la détermination du sens d'une loi, H. CAPITANT, « L'interprétation des lois d'après les travaux préparatoires », *D. H. chr.* 1935.77 (position très critique) ; M. COUDERC, « Les travaux préparatoires de la loi ou la remontée des enfers », *D. chr.* 1975.249 (réhabilitation).

⁸⁶⁵ *Ibid.*, n° 103, p. 291.

⁸⁶⁶ *Ibid.*, n° 103, p. 289.

⁸⁶⁷ P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, *op. cit.*, p. 17.

sans doute l'inventer »⁸⁶⁸. Cette remarque est incontestable. Il faut même aller plus loin, pour être tout à fait clair. Si la volonté du législateur n'existait pas, en tant que concept technique ou construit juridique, alors l'idée même de la loi serait impossible. Si le législateur ne pouvait pas communiquer sa volonté au moyen de la signification des mots, alors son travail ne servirait à rien. La loi serait alors au mieux une tache d'encre sur une feuille de papier (le Journal officiel).

Il suit du caractère créateur de toute interprétation, y compris de celle qui consiste à rechercher la volonté du législateur, que l'on doit reconnaître un caractère extensif à la notion d'interprétation.

B. – LE CARACTÈRE EXTENSIF DE LA NOTION D'INTERPRÉTATION

451. Parmi la multiplicité des conceptions de l'interprétation⁸⁶⁹, l'on peut distinguer trois types : une conception *restrictive*, une conception *intermédiaire* et une conception *large*⁸⁷⁰. Nous examinerons ces trois conceptions en rejetant d'abord la conception restrictive (a), puis la conception intermédiaire (b). Enfin, nous adopterons une conception large (c).

a) Le rejet de la conception restrictive

452. La conception restrictive de l'interprétation résulte de sa définition classique⁸⁷¹. D'après celle-ci, l'interprétation consiste en « *l'explication d'une chose qui paraît obscure ou*

⁸⁶⁸ *Ibid.*, pp. 17-18.

⁸⁶⁹ Sur ce point, v. *supra*, n° 444.

⁸⁷⁰ En ce sens, v. F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, « Interprétation », *art. préc.*, p. 170 ; J. WROBLEWSKI, « Interprétation juridique », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, n° 1, p. 314, col. gauche. Il est à noter, toutefois, que ces auteurs, à la différence de notre propre présentation, parlent d'interprétation au sens *strict*, au sens *large* et au sens *le plus large*. De plus, en ce qui concerne l'interprétation *latissimo sensu*, leurs définitions ne se recoupent ni entre elles, ni avec notre propre conception de l'interprétation au sens large.

⁸⁷¹ Cette définition restrictive et classique de l'interprétation est l'un des présupposés de la théorie classique de l'interprétation. Or, d'après cette théorie l'interprétation a pour objectif de constater l'intention du législateur. Cet objectif « *s'atteint tantôt facilement, lorsque le texte est clair, tantôt difficilement, lorsqu'il est obscur. Dans ce dernier cas, la découverte de l'intention fait appel à une méthode de découverte du sens qui permet de soulever la difficulté rencontrée. Cette méthode regroupe des principes d'interprétation qui sont censés conduire au sens véritable du texte* », (P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, *op. cit.*, p. 11).

ambiguë »⁸⁷². Cette conception classique et restrictive reste d'actualité. Ainsi, le *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri CAPITANT dit de l'interprétation qu'elle est l'« opération qui consiste à discerner le véritable sens d'un texte obscur »⁸⁷³. Une telle définition aboutit à deux conséquences. D'une part, elle subordonne l'interprétation à l'existence d'un problème d'obscurité de la loi. D'autre part, elle réserve l'interprétation à la solution du seul problème d'obscurité, en sorte qu'elle oppose le problème d'obscurité et d'interprétation aux autres problèmes-types et aux moyens de leur résolution. Ces deux conséquences sont intenable.

453. Il n'est point besoin de revenir sur la critique de la première conséquence. Tout a été dit sur l'inexactitude de la thèse qui subordonne le déclenchement de l'interprétation au constat d'un problème d'obscurité⁸⁷⁴. En effet, ce constat nécessite déjà l'interprétation des énoncés en présence. D'une manière plus générale, nous avons démontré que du point de vue de la constatation de leur existence, tous les problèmes juridiques constituent des problèmes d'interprétation : la constatation de n'importe lequel de nos problèmes-types présuppose déjà l'interprétation des énoncés de règles en présence voire de leur silence⁸⁷⁵. Il reste que ce constat de la nécessité absolue d'une interprétation préalable permet de condamner, dès à

⁸⁷² M. MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Bruxelles, H. Tarlier Libraire-Éditeur, 5^{ème} éd., 1825-1828, v° « Interprétation ». Adde, P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, op. cit., p. 326, n° 224 (position critique) ; P. FORIERS, « L'interprétation juridique, ses méthodes et l'activité du juge », in *La pensée juridique de Paul Foriers*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, Travaux du centre national de recherche de logique, 1982, p. 709 (position critique).

⁸⁷³ G. CORNU (sous la dir. de), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° « Interprétation ». Adde, X. BACHELLIER, « La Cour de cassation, gardienne de l'unité du droit », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 91 : « La loi peut être obscure, il faut l'interpréter. La loi ne peut tout dire, il faut combler ses lacunes ». Ph. MALAURIE, P. MORVAN, *Droit civil, Introduction générale*, op. cit., n° 390, p. 306 : « L'interprétation est la recherche du sens [...] de la règle obscure ». Il est vrai que quelques lignes plus haut, les deux auteurs adoptent, de manière fort incohérente, à l'inverse de cette conception stricte, une conception large de l'interprétation : « L'interprétation est le cœur de la règle de droit : celle-ci n'acquiert d'existence véritable qu'une fois comprise » (n° 389, p. 284). Implicitement, les auteurs paraissent ici retenir l'interprétation comme compréhension de tout énoncé linguistique (sur cette conception, v. *infra*, n°). M.-A. FRISON-ROCHE, « Déni de justice et interprétation de la loi par le juge », Art. 4, *Juris-cl. civil*, 2003, n° 53 et s. : l'auteur défend une conception restrictive de l'interprétation, puisqu'il distingue entre l'interprétation de la loi et le raisonnement. Dans cette logique, l'interprétation du juge sert à l'« éclaircissement de la loi », à s'interroger sur ce que veut dire un énoncé de règle (n° 54). Par contre, le raisonnement servirait au « comblement de la loi » (n° 64) ou à « tirer les conséquences de la loi sur le cas d'espèce » (n° 53). Cette distinction entre interprétation et raisonnement, dont l'auteur avoue lui-même qu'elle ne doit « pas être exagérée » (n° 53), nous paraît intenable. Les interprétations, du moins lorsqu'elles sont conscientes, mettent toujours en œuvre un raisonnement, comme cela résulte des réflexions mêmes de Mme FRISON-ROCHE qui parle notamment, en décrivant l'interprétation, de la « recherche » et de la « reconstitution » de la *ratio legis* (n° 58). Ce travail se fait certainement en raisonnant !

⁸⁷⁴ En ce sens, v. *supra*, n° 279 et s.

⁸⁷⁵ Pour le conflit de loi, v. *supra*, n° 323; pour les lacunes de la loi, v. *supra*, n° 366; pour le problème de qualification, v. *supra*, n° 401.

présent, toutes les thèses qui exigent l'existence d'un problème juridique comme *cause* ou *condition* de l'interprétation⁸⁷⁶. L'affirmation de l'existence d'un problème juridique n'est jamais la condition de l'interprétation. Elle en est déjà le résultat, ce qui n'empêche pas, bien sûr, que l'interprétation soit aussi le moyen de résolution des problèmes après leur constatation⁸⁷⁷.

454. Si tous les problèmes juridiques constituent des problèmes d'interprétation du *point de vue de la constatation de leur existence*, il en va de même lorsqu'on les considère du *point de vue de leur résolution*. L'interprétation n'est nullement une opération réservée à la résolution du problème d'obscurité de la loi, mais elle sert aussi à résoudre les autres problèmes-types. En effet, ainsi que nous le verrons en deuxième partie de thèse, ce sont les mêmes méthodes interprétatives qui permettent de résoudre les divers problèmes-types. Dès à présent, toutefois, cette affirmation devient d'autant plus convaincante si l'on veut bien se rappeler la parenté entre problèmes juridiques : souvent une même difficulté est susceptible d'être analysée de plusieurs manières⁸⁷⁸. Or, il nous paraît incontestable que si l'interprétation est alors l'opération qui permet de résoudre une difficulté appelée, par exemple, « obscurité », cette opération continuera de permettre la résolution de la même difficulté analysée autrement, par exemple, comme une « lacune ».

455. Enfin, une autre raison conduit à rejeter la conception restrictive de l'interprétation. Puisque celle-ci est nécessairement créatrice, rien ne s'oppose à ce qu'elle puisse aussi bien éclairer le sens d'un terme obscur que combler une lacune de la loi et ce, d'autant plus, que la distinction elle-même entre lacune et obscurité peut être toute relative. À notre avis, il n'y aurait d'intérêt à distinguer une interprétation d'un comblement de lacune que si l'opération d'interprétation avait pour but, non pas de créer, mais de découvrir un sens, alors que seul le comblement d'une lacune nécessiterait une création. Toutefois, comme cette

⁸⁷⁶ M. PACLOT (*Recherche sur l'interprétation juridique, op. cit.*, n° 419 et s., pp. 373 et s.) distingue entre plusieurs « causes » de l'interprétation, à savoir « l'obscurité et l'ambiguïté » (n° 423, p. 374), « l'absurdité » ; « les défauts de la pensée » (n° 430, p. 379), comme les « antinomies », ou encore les « lacunes de la pensée » (n° 433, p. 381).

⁸⁷⁷ En ce sens, v. F. OST, « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », *art. préc.*, p. 111 : « les opérations de comblement des lacunes, de solution des antinomies et d'adaptation de la loi **se déclenchent et se résolvent** selon des procédures interprétatives. Ainsi, par exemple, l'affirmation par le juge d'une lacune ou d'une antinomie est-elle toujours consécutive à une interprétation préalable de la ou de(s) norme(s) envisagée(s) » (nous soulignons).

⁸⁷⁸ Sur ce point, v. *supra*, n° 436.

façon de voir ne résiste pas à un examen critique, il n'y a pas lieu, encore une fois, d'adopter une conception restrictive de l'interprétation, mais une conception large. Mais avant d'y venir, nous nous emploierons à rejeter une autre conception de l'interprétation.

b) Le rejet de la conception intermédiaire

456. D'après la conception intermédiaire, l'interprétation consiste simplement à associer un sens à une expression linguistique, c'est-à-dire un signifié à un signifiant⁸⁷⁹. Il résulte de cette conception que « *c'est donc seulement un énoncé qui peut être interprété* »⁸⁸⁰. Bref, seul un *énoncé* de règle ou l'une de ses parties (par exemple un mot) pourrait faire l'*objet* d'une interprétation, mais non une *signification* puisque, nous dit-on, « *une signification ne peut avoir de signification* »⁸⁸¹. Une telle manière de voir nous paraît singulièrement réductrice. Assurément, l'interprétation peut avoir d'autres objets que les seuls énoncés.

457. Il est inexact d'affirmer que l'interprétation ne saurait porter que sur des énoncés (signifiants) et non sur des significations (signifiés). Selon nous, si chaque énoncé doit effectivement être interprété pour acquérir du sens, il est également possible d'attribuer du sens au sens. Tel est le cas, lorsque l'interprète tire un *sens implicite* d'un *sens explicite* ou *littéral*⁸⁸². L'*esprit* de la loi, si souvent invoqué pour justifier une interprétation, ne semble être rien d'autre qu'une signification implicite construite à partir d'un sens littéral (la *lettre* de la loi) en contexte⁸⁸³. Bref, la signification d'un énoncé peut aussi faire l'objet d'une interprétation. La thèse inverse est, nous le pensons, fondée sur une conception simpliste de la

⁸⁷⁹ En ce sens, v. p. ex. J. WROBLEWSKI, « Interprétation », *art. préc.*, p. n° 1, p. 314, col. gauche. Cet auteur définit l'interprétation au sens intermédiaire comme « *synonyme de la compréhension d'une expression linguistique ou d'un acte de langage. Chaque signe doit être interprété pour être compris* ». F. OST, M. VAN DE KERCKHOVE, « Interprétation », in *Vocabulaire fondamental du droit, A.P.D. N° 35, 1990. 170*. D'après ces auteurs la conception intermédiaire « *équivalait à la compréhension de toute expression juridique, indépendamment de l'hypothèse d'un doute quant à sa signification ou d'une défaillance dans sa formulation* ». En ce cas, « *l'interprétation se ramène à la "compréhension" indispensable à l'"application" de toute proposition juridique* ».

⁸⁸⁰ En ce sens, v. M. TROPER, « Interprétation », in *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, col. gauche, p. 845.

⁸⁸¹ *Ibid.*

⁸⁸² Pour la distinction entre sens « explicite » ou « littéral » et « implicite », v. *supra*, n° 209

⁸⁸³ Il est donc tout à fait exact d'écrire que « *la lettre mène à l'esprit* » de la loi (F. OST, M. VAN DE KERCKHOVE, *Entre la lettre et l'esprit, Les directives d'interprétation en droit, op. cit.*, p. 10, cité *supra*, n° 218).

notion de signification. Or, celle-ci n'est pas une notion homogène, mais ressemble bien plus, ainsi que nous avons tenté de le démontrer⁸⁸⁴, à une accumulation de couches sémantiques conduisant les unes aux autres (sens explicite - sens implicite, sens abstrait - sens concret, significations élémentaires - significations d'ensembles).

458. Il nous semble qu'une autre raison est de nature à réfuter la conception intermédiaire de l'interprétation prenant pour objet les seuls énoncés. Pour comprendre cette critique, il faut se rappeler la distinction que nous avons faite entre *significations élémentaires* et *significations d'ensembles*⁸⁸⁵. D'après cette distinction, le sens global d'un texte dépasse et diffère de la signification des parties qui le forment (phrases et mots). Nous disions que l'ensemble (le texte) comporte un contenu de signification excédentaire par rapport à la signification des parties. La distinction entre *loi* et *droit* résulte de ce phénomène, avons-nous précisé. Cependant, s'il est incontestable que la détermination du sens d'un ensemble se fait au moyen de la signification de ces parties, ces significations élémentaires sont, à leur tour, dépendantes de l'ensemble qui agit sur chacune d'entre elles.

459. Cette prise en considération des significations d'ensembles, dont le contenu excède le sens des parties tout en contribuant à déterminer la signification de celles-ci, nous conforte dans le rejet d'une conception intermédiaire de l'interprétation ayant pour objet les seuls énoncés linguistiques. Au contraire, nous proposons de retenir une conception large de l'interprétation tenant compte de l'approche globale de la notion de signification. Et, en notre matière, pour marquer ce phénomène de l'interaction du tout sur les parties, nous suggérons de parler d'*interprétation du droit*, plutôt que d'« interprétation de la loi ».

460. L'expression d'interprétation du droit conduit à relativiser fortement des expressions comme l'interprétation de la « loi » ou d'une « règle de droit » ou d'un « mot ». Il est d'abord tout à fait justifié de dire que l'interprétation a pour objet le « droit », en raison de cette vérité que les mots de la règle ainsi que les règles elles-mêmes constituent des éléments du système juridique et donc du droit. Interpréter une partie du droit (un mot, une règle, un ensemble de règles) revient encore à interpréter le droit. Mais en plus, notre position a pour avantage de mettre en évidence que l'interprétation de la partie est toujours tributaire d'une

⁸⁸⁴ Sur ce point, v. *supra*, n° 182 et s.

⁸⁸⁵ Sur ce point, v. *supra*, n° 246.

signification d'ensemble. Or, cette signification d'ensemble est, à l'extrême limite, constituée par le système juridique tout entier (« *die Rechtsordnung als ein Sinnganzes* »⁸⁸⁶) et donc par le droit.

Cela dit, une autre raison milite encore en faveur de l'adoption de l'expression « interprétation du droit ». Celle-ci résulte de la conception large de l'interprétation qui est, à notre sens, la seule à vraiment pouvoir rendre compte de la mission impartie au magistrat.

c) L'adoption d'une conception large

461. Nombreux sont les auteurs qui souscrivent à une conception large de l'interprétation. Ainsi, M. PESCATORE, qui fut lui-même juge à la Cour de justice des communautés européennes, enseigne que « *dans la pratique du droit, on réunit sous le nom de l'interprétation l'ensemble des procédés intellectuels qui servent à déterminer et à préciser, dans une situation donnée, le principe applicable. En ce sens, interpréter veut dire, bien sûr, élucider un texte obscur ; mais interpréter veut encore dire : spécifier un texte général – ce qui est particulièrement important, eu égard à notre technique législative qui aime procéder à base de principes généraux – ; rectifier les imperfections des textes et adapter ceux-ci aux exigences actuelles ; résoudre des contradictions ; étendre les textes de manière à combler les lacunes. En un mot, l'interprétation englobe l'ensemble des opérations nécessaires pour rendre les règles de droit susceptibles d'application dans le concret* »⁸⁸⁷ (nous soulignons).

⁸⁸⁶ K. LARENZ, Cl.-W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, op. cit., K. 5, 1, p. 189.

⁸⁸⁷ P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, op. cit., p. 326, n° 224; Adde, F. OST, « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », art. préc., p. 111, cité supra, note n° 877; P. FORIERS, « L'interprétation juridique, ses méthodes et l'activité du juge », art. préc., p. 713 : « *L'interprétation juridique se réclame d'une pluralité d'objets dont l'inventaire systématique n'est peut-être pas inutile : - rendre intelligible ce qui est obscur, par conséquent élucider plus spécialement la loi écrite, - spécifier un texte général en traçant les limites de son domaine d'application et en dégagant les maîtres-traités de sa construction, - rectifier les imperfections des textes, adapter ces textes aux exigences nouvelles dans une perspective dynamique qui caractérise l'évolution des sociétés, par opposition au relatif immobilisme légal, - résoudre les antinomies, - compléter ce qui est insuffisant ou l'est devenu. Partant, combler les lacunes de la loi et même plus généralement de l'ordonnancement juridique au fur et à mesure des besoins et de la solution des espèces* » ; L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, op. cit., p. 232 : « *l'interprétation de la loi englobe tous les procédés intellectuels qui servent à déterminer et à préciser le sens d'une disposition légale pour en rectifier les imperfections, en combler les lacunes, en résorber les contradictions, l'adapter aux exigences actuelles, en préciser la portée dans une situation particulière* » ; F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, op. cit., n° 98, pp. 264 et s. Rappelons que GÉNY distinguait entre l'« *interprétation de la loi proprement dite* » (n° 98, p. 265) et l'« *interprétation juridique, envisagée dans son ensemble* » (n° 98, p. 267) qui est une interprétation au sens large (v., sur ce point, supra, note n° 855).

D'une manière plus générale, mais dans un même sens, BATIFFOL précise que l'on nomme « interprétation » l'opération qui consiste à résoudre « *les questions dites de droit* »⁸⁸⁸.

462. Revenons à M. PESCATORE qui souligne dans sa définition que l'interprétation a pour but de « *rendre les règles de droit susceptibles d'application dans le concret* »⁸⁸⁹. On lira de même chez M. OST que l'interprétation a pour but de dégager « *une norme obligatoirement applicable en l'espèce* »⁸⁹⁰. Ces précisions doivent être rapprochées d'une idée que nous avons introduite dès le commencement de cette première partie de thèse : le législateur édicte des règles en considération de cas particuliers. Or, comme il ne peut statuer sur tous les cas singuliers et concrets susceptibles de se produire, il est contraint de se prononcer par voie de règles générales et abstraites. Cependant, il suit de cette généralité et abstraction des règles de droit, que l'intervention d'un interprète devient inéluctable afin de concrétiser, dans les cas particuliers, la volonté du législateur. Schématiquement, la réalisation du droit met ainsi en scène la configuration ternaire suivante : le législateur, le juge et le cas particulier.

463. Le législateur, nous l'avons vu, symbolise communique sa pensée au moyen de signes linguistiques et, plus précisément, à l'aide de signes écrits. Or, l'analyse du signe linguistique nous a révélé que celui-ci combine un signifié ou une signification, qui est un contenu de pensée, à un signifiant, qui est, en l'occurrence, une forme graphique (les lettres couchées sur une feuille de papier).

464. L'interprète, dans la configuration précitée, n'est alors personne d'autre que « *l'“intermédiaire” qui “procure” (prestation) la pensée* »⁸⁹¹, sous-entend, la pensée du législateur au regard du cas particulier. De fait, cette pensée qui fut exprimée par le passé d'une manière générale et abstraite exige d'être actualisée ou « réactivée » avant que d'être

⁸⁸⁸ H. BATIFFOL, « Questions de l'interprétation juridique », in *L'interprétation dans le droit*, A.P.D., t° 17, 1972.9 : « *Si les questions dites de droit sont résolues à propos de faits soumis aux tribunaux, l'usage est de nommer interprétation cette opération [...]* ».

⁸⁸⁹ P. PESCATORE, *Cours d'introduction aux études juridiques*, op. cit., n° 224, p. 326.

⁸⁹⁰ F. OST, « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », art. préc., p. 111. La définition intégrale s'énonce comme suit : « *l'interprétation de la loi est un ensemble de procédés méthodiques par lesquels le juge compétent, confronté à une situation donnée, dégage d'une disposition, d'un ensemble de dispositions ou d'un système juridique, une norme obligatoirement applicable en l'espèce* ».

⁸⁹¹ H. BATIFFOL, « Questions de l'interprétation juridique », art. préc., p. 12.

concrétisée dans le cas particulier. *A priori*, l'interprétation ne sera donc rien de plus que la recherche de la pensée du législateur. Mais cette affirmation cache bien des difficultés.

465. Souvent, comme il est à supposer que le législateur a réussi à dire ce qu'il voulait dire, l'activité d'interprétation ne consistera effectivement qu'à associer des significations conventionnelles aux signes écrits de la loi, même s'il ne faudrait pas perdre de vue que cette association de significations est déjà le fruit d'une interaction complexe entre l'ensemble du texte et les parties (phrases et mots) qui le forment. Mais que se passera-t-il dans les cas problématiques (qualification, obscurité, conflit, lacune) ?

466. La recherche de la volonté du législateur représente alors, sans doute, « *le point de départ* » de l'activité méthodique de l'interprète⁸⁹². Néanmoins, nous savons maintenant que cette volonté ou pensée du législateur est elle-même déjà une construction intellectuelle plus ou moins complexe⁸⁹³. La volonté du législateur est, nous le disions, « *en pratique celle qu'il conviendrait d'attribuer à une personne raisonnable qui aurait rédigé le texte dans le contexte dans lequel il a été effectivement rédigé* »⁸⁹⁴. Bref, à défaut de pouvoir directement tirer de la formule du texte – de sa « lettre » dira-t-on également – une pensée raisonnable, l'interprète recherchera à partir de ce texte la volonté qu'aurait pu avoir une personne raisonnable placée dans les conditions historiques de son élaboration. Pour ce faire, l'interprète se reportera notamment aux travaux préparatoires de la loi, aux dictionnaires de l'époque de la rédaction etc.⁸⁹⁵.

467. Il reste que cette activité de recherche n'aboutira pas toujours à des résultats satisfaisants. C'est que cette pensée historique, symbolisée par le texte, peut ne pas être déterminable ou peut être dépassée au sens de démodée. Il se peut faire aussi que cette volonté, fût-elle déterminée, manque de clarté face au cas d'espèce ou qu'elle soit contradictoire. En ces cas de figure, que doit faire le magistrat ?

⁸⁹² *Ibid.*, p. 9.

⁸⁹³ Sur ce point, v. *supra*, n° 447.

⁸⁹⁴ P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, *op. cit.*, p. 8. Sur ce point, v. *supra*, n° 447.

⁸⁹⁵ Sur les éléments à prendre en considération pour déterminer la volonté historique du législateur, v. *supra*, n° 448.

468. Rappelons d'abord que la mission du magistrat est invariablement la même. Il doit, comme le lui rappelle l'article 12 du Nouveau code de procédure civile, « *tranche[r] le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* ». Pour accomplir cette mission, son regard se tournera d'abord, ainsi que nous venons de le dire à l'instant, vers le(s) sens conventionnel(s) des mots de la loi, puis, si besoin en est, vers la pensée du législateur historique. Cependant, quand ni le sens des mots, ni la reconstitution de la pensée du législateur historique ne permettent de répondre d'une manière satisfaisante au problème posé, il ne reste au magistrat que la possibilité de prendre la place d'un législateur rationnel et actuel.

469. Certes, face à certains problèmes de droit, le juge pourra éventuellement débouter le demandeur de sa demande au motif que sa prétention ne tombe pas dans les prévisions de la loi. Cette attitude sera parfaitement légitime au regard d'une lacune de la loi d'une importance telle qu'il n'appartient pas au magistrat, en raison d'une saine conception de la répartition des pouvoirs dans une société démocratique, de la combler. Mais hormis ce cas, le juge ne pourra pas, s'il veut se conformer à la mission qui lui est impartie, ne pas prendre la place d'un législateur rationnel et actuel. À l'instar de la recommandation faite par le Code civil suisse de 1907 au juge helvétique, il appartiendra alors au magistrat français de juger « *selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur* » (art. 1, al. 2). Cet acte de législateur est, bien sûr, une pensée. Et cette pensée, en tant qu'acte de législation, prendra nécessairement la forme d'une ou de plusieurs règles générales et abstraites avant que d'être concrétisée dans le cas particulier.

470. Interpréter, selon nous, c'est dire cette pensée législative. Que cette pensée soit dite à l'occasion de la simple lecture d'un texte de lois, qu'elle soit dite après la recherche d'une volonté historique ou suivant la volonté d'un législateur actuel, la finalité de l'activité restera toujours la même. Qu'il s'agisse de résoudre un problème de qualification, d'un problème d'obscurité, d'un problème de conflit de lois ou d'un problème de lacune rien ne change fondamentalement l'activité mise en œuvre : il s'agit de *dire sous forme de règle la pensée d'un législateur rationnel au regard du cas d'espèce*. En d'autres mots, interpréter ne signifie pas seulement déterminer la signification d'un énoncé de règles.

471. Cette définition de l'interprétation semble correspondre exactement aux idées de MM. PESCATORE et OST citées plus haut⁸⁹⁶. Ces auteurs nous avaient, en effet, appris que l'interprétation consiste à déterminer et à préciser le principe obligatoirement applicable au cas d'espèce. Or, tel est bien le but recherché par la détermination du sens d'un énoncé de norme ou par la résolution d'un problème de droit. Cela dit, à bien y regarder, les définitions des auteurs précités attirent encore notre attention sur un autre point. En insistant sur la détermination de la norme *applicable* au regard du cas d'espèce, ils englobent, en vérité, dans l'interprétation du droit l'application des règles au cas concret, c'est-à-dire leur concrétisation.

472. Une telle conséquence nous paraît inéluctable. Elle l'est, d'une part, pour la simple raison que l'on ne saurait connaître la norme applicable au cas d'espèce avant de l'avoir appliquée. D'autre part, il convient d'englober l'application du droit dans le champ de l'interprétation, parce que la concrétisation de la norme continue à se situer sur un plan sémantique ou, pour reprendre une idée développée dans le second chapitre de notre thèse, dans « l'espace de la signification du droit »⁸⁹⁷. Appliquer une norme c'est transformer des significations abstraites en significations concrètes, c'est concrétiser une pensée formulée abstraitement⁸⁹⁸. Enfin, cette conception large de l'interprétation semble commandée par l'idée fondamentale que le législateur statue sur des cas particuliers. Pris entre le premier et les seconds, le juge est chargé de vaincre la distance qui les sépare. Aussi bien, selon-nous, convient-il d'englober dans l'interprétation toute cette activité d'intermédiation consistant à établir ou à nouer le lien entre le législateur et le cas particulier.

473. Nous le voir, la notion d'interprétation est suffisamment large pour englober l'ensemble des activités destinées à résoudre tous les problèmes de droit. En conséquence, l'on peut affirmer que tous les problèmes de droit constituent des problèmes d'interprétation du droit. Or, tous les problèmes de droit posent une question de choix entre solutions possibles⁸⁹⁹. Au regard de ce qui précède, nous pourrions dès lors définir en compréhension la notion de problème juridique comme une *question de choix entre interprétations possibles du droit*.

⁸⁹⁶ Sur ce point, v. *supra*, n° 463.

⁸⁹⁷ Sur l'idée d'un « espace de la signification du droit », v. *supra*, n° 138.

⁸⁹⁸ Sur la distinction entre « sens abstrait » et « sens concret », v. *supra*, n° 185.

⁸⁹⁹ Sur ce point, v. *supra*, n° 410 et s.

Cette définition en compréhension de la notion de problème juridique mérite d'être davantage développée, puisque c'est elle qui nous livrera la définition du concept central de notre thèse : l'hypothèse juridique. Regardons donc d'un peu plus près ces questions de choix entre interprétations possibles du droit.

SECTION II

LES QUESTIONS DE CHOIX ENTRE INTERPRÉTATIONS POSSIBLES DU DROIT

474. Après l'examen minutieux de la notion de problème juridique, plus aucun obstacle ne se dresse devant la définition de la notion d'hypothèse juridique. Nous en présenterons, sans tarder, la compréhension et l'extension (§ I)⁹⁰⁰. Cette présentation effectuée, et avant de passer à la deuxième partie de thèse consacrée toute entière au problème de la mise à l'épreuve des hypothèses juridiques, il nous restera à régler une dernière question. Comment le magistrat-interprète découvre-t-il ses hypothèses ? Quoiqu'on en dise, nous pensons qu'il s'agit là d'un faux problème. *La question capitale soulevée par la réponse aux problèmes juridiques n'est pas celle de la découverte des réponses possibles, mais celle de la justification de la réponse finalement retenue.* Nous nous en expliquerons dans un second paragraphe (§ II).

§ I – LA COMPRÉHENSION ET L'EXTENSION DE LA NOTION D'HYPOTHÈSE JURIDIQUE

475. Commençons par quelques remarques d'ordre tout à fait général. Nous avons vu, dès l'introduction à notre thèse, qu'une hypothèse est « *une idée anticipée* »⁹⁰¹, une « *conjecture douteuse, mais vraisemblable, par laquelle l'imagination anticipe sur la*

⁹⁰⁰ Sur la notion de définition en « extension » et en « compréhension », v. *supra*, n° 268.

⁹⁰¹ C. BERNARD, *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale* [1865], préface F. DAGOGNET, Paris, Flammarion, 1984, p. 65.

connaissance, et qui est destinée à être ultérieurement vérifiée »⁹⁰². Plus simplement encore, nous avons écrit que l'hypothèse est un « *énoncé que l'on soumet à un examen* »⁹⁰³.

476. L'anticipation de l'idée ou la conjecture suppose nécessairement l'existence d'un problème. En effet, l'on ne conçoit même pas la possibilité d'anticiper des idées que l'on soumet à l'épreuve sans qu'il se pose quelque question dont la résolution se heurte à un certain nombre d'obstacles ou de difficultés⁹⁰⁴. En d'autres mots, nous sommes convaincus que l'esprit imagine toujours des hypothèses dans un processus de résolution des problèmes qu'il rencontre⁹⁰⁵.

477. Ces remarques sur l'élaboration des connaissances en général, s'appliquent également au droit. Pour répondre aux problèmes juridiques qui se posent, les juristes – et plus spécialement les magistrats – conçoivent des hypothèses qu'ils soumettent, plus tard, à l'épreuve. Ce faisant, ils anticipent des solutions possibles, ils se livrent à des conjectures plus ou moins douteuses qu'ils auront à tester ultérieurement.

478. Ces hypothèses juridiques sont entièrement structurées par les problèmes juridiques dont elles sont tirées. Or, nous venons d'énoncer la définition en compréhension de la notion de problème de droit : un problème de droit pose une *question de choix entre interprétations possibles du droit*. Par conséquent, l'hypothèse juridique se définit, elle aussi, en compréhension comme *une interprétation possible du droit*.

479. Le même parallélisme entre définitions s'observe quand on se tourne vers l'extension de la notion de problème juridique. Il existe autant d'espèces d'hypothèses juridiques qu'il existe d'espèces de problèmes juridiques. Or, nous avons distingué quatre *problèmes-types* : le problème d'obscurité de la loi, le problème de conflit de lois, le problème

⁹⁰² A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit., v° « Hypothèse ».

⁹⁰³ C. HEMPEL, *Éléments d'épistémologie*, titre original, *Philosophy of natural science* [1966], traduit de l'anglais par B. SAINT-SERNIN, Paris, Armand Collin, coll. Cursus, 2^{ème} éd., 2^{ème} tirage, 2000, p. 29.

⁹⁰⁴ Sur la définition générale de la notion de problème, v. *supra*, n° 266.

⁹⁰⁵ En ce sens, v. P. PESCATORE, *Initiation à la méthode scientifique à l'intention des étudiants en sciences humaines*, Luxembourg, Université du Luxembourg, 2006, p. 8 : « À l'origine de la pensée scientifique sont la curiosité et l'étonnement, même en présence d'un phénomène banal (ainsi, on aime citer l'histoire de Newton qui, en observant une pomme tomber de son arbre, aurait eu l'intuition de la théorie de la gravitation). De cette source intarissable naît la problématique, c'est-à-dire la formulation d'un thème de réflexion. C'est la perception du problème qui ouvre la phase de recherche [...] ».

de lacune de la loi et le problème de qualification. En bonne logique, le juge pourra concevoir quatre types d'hypothèses juridiques : des *hypothèses de clarification de la loi*, des *hypothèses de solution de conflit de lois*, des *hypothèses de comblement de lacune* et des *hypothèses de qualification*.

480. Commençons par regarder d'un peu plus près aux hypothèses de qualification. L'on s'en souvient, le problème de qualification se définit comme *la question de l'admissibilité ou non du classement d'un élément dans une catégorie*⁹⁰⁶. L'hypothèse de qualification se définit dès lors comme *le choix d'un classement possible d'un élément dans une catégorie*. Rappelons-nous, pour illustrer ce problème, « l'histoire des fresques »⁹⁰⁷. Dans cette histoire, un antiquaire avait décollé et acheté des peintures murales figurant sur le plafond d'une chapelle appartenant à des paysans ignorants. Lorsque l'affaire fut portée devant les tribunaux par certains des propriétaires dépouillés, les magistrats avaient à résoudre le problème de qualification suivant : les fresques décollées des murs d'une chapelle doivent-elles être qualifiées « bien immeuble » ou « bien meuble » ? Deux hypothèses de qualification pouvaient être tirées d'une telle interrogation :

- *les fresques décollées doivent être qualifiées bien meubles ;*
- *les fresques décollées doivent être qualifiées bien immeubles.*

481. Passons aux hypothèses de clarification de loi. Celles-ci naissent avec les problèmes d'obscurité de loi. Le problème d'obscurité de la loi se définit comme *la question du choix entre les différentes significations raisonnables mais divergentes d'un seul et même texte dans un contexte d'énonciation et d'application déterminé*⁹⁰⁸. Par conséquent, l'hypothèse de clarification de la loi peut se définir comme *le choix d'une signification possible d'un seul et même texte*. À titre d'exemple, nous nous permettons de rappeler « l'histoire du chèque de la veuve Emmanuel », dont la problématique se laisse aisément formuler comme un problème d'obscurité⁹⁰⁹. Rappelons qu'en l'espèce, la veuve Emmanuel

⁹⁰⁶ Sur ce point, v. *supra*, n° 400.

⁹⁰⁷ Cette « histoire » est tirée de Ass. plén., 15 avril 1988, D. 1988.325, concl. J. CABANNES, note J. MAURY ; J.C.P. 1988.II.21066, rapp. GRÉGOIRE, note J.-F. BARBIÉRI. Pour le détail de cette « histoire », v. *supra*, n° 164.

⁹⁰⁸ Sur ce point, v. *supra*, n° 301.

⁹⁰⁹ Cette « histoire » est tirée de Civ. 1^{ère}, 2 déc. 1968, J.C.P. 1969.II.15775, concl. LINDON. Pour le détail de cette « histoire », v. *supra*, n° 422.

n'avait payé sa prime arriérée d'assurance que la veille de la survenance du sinistre. Or, la loi disposait que l'assurance ne reprend ces effets qu'« à midi, le lendemain du jour où la prime arriérée [...] a été payée ». Comme un sinistre était survenu après le midi du lendemain du jour de la remise du chèque, mais avant le jour de l'encaissement du chèque, il se posait un problème d'obscurité de la loi. Que signifiait l'expression « jour où la prime arriérée a été payée » ? Cette expression visait-elle le jour de la remise du chèque ou le jour de l'encaissement du chèque ? D'où les deux hypothèses de clarification suivantes :

- *L'expression « jour où la prime arriérée a été payée » signifie jour de la remise du chèque à l'assureur*
- *L'expression « jour où la prime arriérée a été payée » signifie jour de l'encaissement du chèque par l'assureur.*

482. *Quid des hypothèses de solution de conflit de lois ?* Le problème de conflit de lois se définit comme *la question du choix entre les différentes combinaisons possibles des règles en concurrence*⁹¹⁰. L'hypothèse de solution du conflit de lois peut alors s'énoncer comme *le choix d'une combinaison possible des règles en concurrence*. « L'histoire de la supériorité des traités » nous servira d'illustration⁹¹¹. Cette « histoire » soulevait un problème de conflit de lois exclusif ou antinomie entre deux types de règles de source différente. Plus précisément, dans l'arrêt *Costa c. E.N.E.L.* deux sortes de normes entraient en collision. Il s'agissait d'une loi italienne relative à la nationalisation de la production de l'électricité et d'un certain nombre de dispositions issues du Traité de Rome *antérieur* à la loi italienne. De ces normes incompatibles, l'une résultant d'un traité international, l'autre d'une loi interne, laquelle devait prévaloir ? Voici les deux hypothèses tirées du problème posé :

- *un traité international doit prévaloir sur une loi interne même postérieure à ce traité ;*
- *un traité international ne doit pas prévaloir sur une loi interne postérieure à ce traité.*

⁹¹⁰ Sur ce point, v. *supra*, n° 304.

⁹¹¹ Cette histoire est tirée de CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, aff. 6/64, *Rec.* 1964.1179, concl. M. LAGRANGE et de Ch. mixte, 24 mai 1975, *Jacques Vabre*, *D.* 1975.497, concl. TOUFFAIT ; *GADIP* N°55-56.

483. L'avantage de l'exemple ci-dessus est qu'il permet également d'illustrer la problématique des lacunes de loi. Nous avons vu que le problème de lacune de la loi comporte deux aspects. Il pose d'abord la *question de savoir si le silence de la loi vaut lacune ou non*. Ensuite, il soulève la *question du choix entre les différents comblements de lacunes que l'on peut imaginer*⁹¹². Cette double analyse du problème de lacune a le mérite d'insister sur le fait que le silence de la loi peut être un silence parlant. C'est que l'absence de norme n'implique pas nécessairement l'existence d'une lacune : le silence de la loi peut être un silence voulu⁹¹³. En pratique, cependant, le choix sera souvent entre, d'une part, le silence voulu de la loi – et donc l'absence de lacune – et, d'autre part, une *seule* hypothèse de comblement de lacune – et donc l'existence d'une lacune. Illustrons par le problème posé dans l'arrêt *Costa c. E.N.E.L.* et citons, encore une fois, les deux hypothèses que ce problème faisait naître :

- *un traité international doit prévaloir sur une loi interne même postérieure à ce traité* (l'hypothèse de comblement d'une lacune supposant l'admission de l'hypothèse de l'existence d'une lacune) ;
- *un traité international ne doit pas prévaloir sur une loi interne postérieure à ce traité* (l'hypothèse de l'absence de lacune impliquant l'absence de toute hypothèse de comblement de lacune).

484. Théoriquement, un problème de lacune pourra donc toujours donner lieu à une pluralité d'hypothèses : une hypothèse du silence parlant (ou voulu) de la loi, une hypothèse d'existence de lacune et une ou plusieurs hypothèses de comblement. En pratique, toutefois, le problème de lacune de la loi se réduira souvent à deux hypothèses : l'hypothèse du silence parlant et une seule hypothèse de comblement de lacune.

Il nous reste maintenant à explorer un dernier point avant de passer à la mise à l'épreuve des hypothèses juridiques. Il s'agit de la question de leur découverte. Or, à vrai dire, nous pensons que le problème de la découverte des hypothèses juridiques est un faux problème.

⁹¹² Sur ce point, v. *supra*, n° 356.

⁹¹³ Sur le silence « parlant » de la loi, v. *supra*, n° 346

§ II – LE FAUX PROBLÈME DE LA DÉCOUVERTE DES HYPOTHÈSES JURIDIQUES

485. Au risque de décevoir, nous soutenons qu'il n'existe pas véritablement de méthode de découverte des hypothèses juridiques. Celles-ci sont le fruit de l'imagination ou de l'inspiration créatrice de l'interprète, c'est-à-dire dans notre optique du magistrat (A). Si le problème de la découverte des hypothèses juridiques est ainsi un faux problème, il en va autrement de la compétence du juge pour imposer effectivement son inspiration créatrice. C'est que le juge, au regard du principe de la séparation des pouvoirs, n'est pas compétent pour résoudre tous les problèmes de droit. Aussi bien, ce principe pose-t-il une limite à l'imagination du magistrat (B).

A. L'IMAGINATION DU JUGE

486. Il est illusoire de vouloir déterminer avec précision les voies ou les méthodes de la découverte des hypothèses juridiques. En cela, nos hypothèses juridiques ne diffèrent en rien des hypothèses dans les autres sciences, notamment dans les sciences dites « empiriques », telles les sciences de la nature⁹¹⁴. En effet, comme l'affirmait Albert EINSTEIN, si « *la tâche la plus élevée du physicien est [...] de rechercher [...] les lois élémentaires les plus générales* », la voie qui conduit à ces lois élémentaires « *n'est pas un chemin logique* » (*kein logischer Weg*)⁹¹⁵. Autrement dit, « *les voies par lesquelles on arrive à des conjectures scientifiques fructueuses n'ont pas grand-chose à voir avec une procédure*

⁹¹⁴ C. HEMPEL, *Éléments d'épistémologie*, op. cit., p. 1. Cet auteur distingue les « sciences empiriques et celles qui ne le sont pas » (*ibid.*). Les sciences empiriques sont celles dont les « énoncés doivent [...] être confrontés à l'expérience, et on ne les accepte que s'ils sont confirmés par une évidence empirique » (*ibid.*). Dans les sciences non empiriques, telles la « logique ou les mathématiques abstraites », l'« on démontre les propositions sans qu'il soit nécessaire d'invoquer l'expérience » (*ibid.*). Les sciences empiriques sont, à leur tour, divisées en « sciences de la nature » (p. ex. physique, biologie, chimie) et « sciences sociales » (sociologie, science politique, économie, histoire), bien que l'auteur avoue que ce second critère de distinction s'avère « bien moins clair » (*ibid.*). D'ailleurs, dans ce tableau où classerait-on la science du droit, science des normes ? HEMPEL n'en dit mot. Ne pourrait-on pas dire que le droit est lui aussi une science empirique, fondée sur des expériences d'un genre particulier, à savoir l'expérience humaine ?

⁹¹⁵ A. EINSTEIN, « Prinzipien der Forschung, Rede zum 60. Geburtstag von Max Planck », in *Mein Weltbild*, Ullstein Buch, Ullstein Materialien, 1980, 109.

d'inférence systématique »⁹¹⁶. Claude BERNARD l'avait également perçu quand il écrivait qu'« *il ne saurait y avoir de méthode pour faire des découvertes* »⁹¹⁷. Il ajoutait que « *la méthode par elle-même n'enfante rien* »⁹¹⁸. Au contraire, insistait-il, l'idée neuve ou l'hypothèse résulte d'un « *pressentiment* », d'une « *intuition* » ou d'un « *sentiment* »⁹¹⁹.

487. S'il est donc illusoire de vouloir déterminer les méthodes de la découverte des hypothèses juridiques, c'est que ces hypothèses, à l'image des hypothèses dans les autres sciences, résultent en bonne partie de l'imagination des interprètes. Dans le droit fil de la pensée de Claude BERNARD pour qui, nous venons de le dire, c'est « *l'intuition ou le sentiment qui engendre l'idée expérimentale* », HEMPEL explique que « *pour passer des données à la théorie, il faut un travail créateur de l'imagination. Les hypothèses et les théories scientifiques ne sont pas dérivées des faits observés mais inventées pour en rendre raison* »⁹²⁰. POPPER⁹²¹ et EINSTEIN⁹²² défendent la même position.

488. Le rôle central joué par l'imagination dans la découverte scientifique ne met, cependant, nullement en cause l'objectivité de la science. Il faut, en effet, bien voir que « *quand il s'efforce de trouver la solution de son problème, l'homme de science peut lâcher la bride à son imagination, et le cours de sa pensée créatrice peut même être influencé par des idées contestables sur le plan scientifique. [...] Pourtant, un principe garantit l'objectivité scientifique : alors que les hypothèses et les théories peuvent être inventées et proposées librement en science, elles ne peuvent être admises dans le corps de la connaissance scientifique que si elles subissent avec succès un examen critique, qui*

⁹¹⁶ C. HEMPEL, *Éléments d'épistémologie*, op. cit., p. 23.

⁹¹⁷ C. BERNARD, *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*, op. cit., p. 68.

⁹¹⁸ *Ibid.*, p. 67.

⁹¹⁹ *Ibid.*

⁹²⁰ C. HEMPEL, *Éléments d'épistémologie*, op. cit., p. 22.

⁹²¹ K. R. POPPER, *La logique de la découverte scientifique*, op. cit., 28 : « *Je puis exprimer ma conception en disant que chaque découverte scientifique contient "un élément irrationnel" ou "une intuition créatrice", au sens bergsonien de ces termes* ».

⁹²² A. EINSTEIN, « *Prinzipien der Forschung* », *discours préc.*, p. 109 : ce n'est pas, nous dit l'auteur, un « *chemin logique* » qui nous conduit aux lois élémentaires de la physique, mais « *l'intuition qui s'appuie sur une empathie à l'égard des données dont on fait l'expérience* » (*die auf Einfühlung in die Erfahrung sich stützende Intuition*).

comprend notamment la mise à l'épreuve de leurs implications vérifiables par une observation ou une expérimentation rigoureuse »⁹²³.

489. Ces considérations valables pour les sciences empiriques sont, assurément, transposables à la recherche juridique, en général, et à la recherche de solutions aux problèmes de droit, en particulier. Les hypothèses juridiques que nous venons de définir, résultent de l'imagination des interprètes et elles sont susceptibles d'être mises à l'épreuve. Certes, – et c'est sans aucun doute une différence absolument fondamentale entre les hypothèses des sciences empiriques et les hypothèses juridiques –, ces dernières ne sont pas soumises à l'examen critique d'une expérimentation ou d'une observation. Au contraire, l'hypothèse juridique est testée par une *argumentation* ; nous y reviendrons en seconde partie de thèse. Pour l'instant, nous nous contenterons d'examiner plus en avant le rôle joué par l'imagination des interprètes et donc des juges dans la découverte des interprétations possibles du droit.

490. À première vue, ainsi que l'écrivent un éminent magistrat et son collègue de l'Université, « *s'il est un mécanisme qui semble inadapté au processus par lequel la décision judiciaire s'élabore et se met en place, c'est sans doute celui de l'imagination* »⁹²⁴. C'est que « *l'imagination laisse craindre l'intervention gratuite, irréaliste et incontrôlée. L'affaire devrait être entendue : l'imagination n'est pas du monde du juge et ne pourrait l'être. La crainte de l'imagination du juge n'est d'ailleurs rien d'autre que celle de son arbitraire* »⁹²⁵. Cette première impression passée, tous les auteurs qui se sont intéressés à la question de l'imagination avouent que « *l'imagination est partout dans le droit* »⁹²⁶. Cela dit, nous-

⁹²³ C. HEMPEL, *Éléments d'épistémologie*, op. cit., p. 24.

⁹²⁴ G. CANIVET, N. MOLFESSIS, « L'imagination du juge », in *Mélanges Jean BUFFET, La procédure dans tous ces états*, Paris, 2004, Petites affiches, n° 1, p. 131.

⁹²⁵ *Ibid.*

⁹²⁶ G. CORNU, « L'imagination, à bon droit ? », 2^{ème} conférence Albert-Mayrand, reproduite partiellement in <http://www.barreau.qc.ca/journal/frameset.asp?article=/journal/vol30/no19/albertmayrand.html>. Adde, G. CANIVET, N. MOLFESSIS, « L'imagination du juge », op. cit., n° 3, p. 133 : « *l'imagination est au cœur du monde du droit, tout comme elle est le moteur des arts et des sciences* » ; P. DRAI, « Le délibéré et l'imagination du juge », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Mélanges en l'honneur de R. PERROT*, Paris, Dalloz, 1996, p. 114 : « *tout jugement est acte d'invention créatrice, en même temps qu'il est action* ». J. C. HUTCHESON, « Le jugement intuitif, la fonction du "hunch" dans la décision judiciaire », titre original, « The judgment intuitive ; the function of the "hunch" in judicial decision », trad. de l'anglais par G. MARTY, in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, tome II, Paris, Sirey, 1935, p. 531 : « *j'affirme et montrerai, que c'est cette faculté délicate de l'esprit, capable de ressentir et suivre une intuition qui fait les meilleurs joueurs, les meilleurs détectives, les meilleurs hommes de loi, les meilleurs juges, [...], et c'est aussi cette même faculté qui a guidé et continuera à guider les*

mêmes nous ne nous intéresserons, en l'occurrence, ni à l'imagination du législateur, ni à celle des auteurs de doctrine ou des praticiens. Nous nous en tiendrons désormais à la seule question de l'imagination du juge placé devant une question de droit, en sorte que nous nous détournerons aussi du rôle de l'imagination du magistrat face aux questions de fait⁹²⁷.

491. Sous cet angle, il nous paraît essentiel de souligner que d'éminents auteurs et magistrats ont, avant nous, reconnu le rôle clé joué par l'imagination du juge. Nous ajoutons – et cet élément nous paraît tout aussi fondamental – que cette imagination, intuition ou sentiment est employé à l'invention d'hypothèses juridiques⁹²⁸. Là encore, l'idée n'est pas vraiment nouvelle, bien que notre thèse en fournisse pour la première fois la théorie. Cependant, il n'y a qu'à lire cette opinion d'un autre haut magistrat pour retrouver notre propre position condensée en une formule : « *le juge, lui-même, en face d'une hypothèse intuitivement suggérée par un aperçu originaire, va s'efforcer de la vérifier et de la préciser par un approfondissement poursuivi dans toutes les directions à la fois* »⁹²⁹. Nous ne saurions mieux dire. Plus récemment encore, on a pu lire, que « *d'abord intuitivement discernée, la nécessité de la solution se vérifie ensuite par la construction d'hypothèses et de tests permettant d'en éprouver la validité pour, enfin, parvenir à une perception objective* »⁹³⁰.

492. Henri MOTULSKY, grand pionnier de la méthode de l'hypothèse en droit, avait, lui aussi, reconnu un certain rôle à l'imagination sous le terme, quelque peu alambiqué,

grands savants du monde et, et même les nobles manières de certitude les mathématiciens eux-mêmes, à leurs solutions ardues, qui a ouvert et continuera à ouvrir les portes closes, qui a élargi et continuera à élargir l'horizon humain »

⁹²⁷ En ce sens, v. G. CANIVET, N. MOLFESSIS, « L'imagination du juge », *op. cit.*, n° 7 et s., pp. 135 et s.

⁹²⁸ Nous tenons les trois termes « imagination », « sentiment », « intuition », qui sont chacun polysémiques, pour des synonymes. Cette position nous paraît justifiée au regard des définitions lexicales de ces mots. Le mot « sentiment » signifie ainsi « *connaissance plus ou moins claire donnée d'une manière immédiate ; conscience* » (*Grand Larousse universel*, v° « sentiment »). L'« intuition » peut se définir comme la « *connaissance directe, immédiate de la vérité, sans recours au raisonnement, à l'expérience* » (*ibid.*, v° « intuition »). Enfin, on entend par imagination, la « *capacité d'élaborer des images et des conceptions nouvelles dans un domaine quelconque de l'activité intellectuelle, capacité de trouver des solutions originales à des problèmes théoriques ou pratiques ; invention* » (*ibid.*, v° « Imagination »). Face à ces définitions, nous avouons avoir du mal à distinguer.

⁹²⁹ P. DRAI, « Le délibéré et l'imagination du juge », *op. cit.*, p. 114.

⁹³⁰ G. CANIVET, N. MOLFESSIS, « L'imagination du juge », *op. cit.*, n° 112, p. 140.

de « *synchrétisme juridique* »⁹³¹. Mais, l'auteur ne reconnaissait qu'un rôle limité à ce synchrétisme, puisqu'il ne devait servir qu'à sélectionner, parmi toutes les règles figurant dans l'ordre juridique, une « *hypothèse* », c'est-à-dire une « *règle "possible"* » ou une « *règle "paraissant de nature à pouvoir s'appliquer"* » au cas d'espèce⁹³². En cela, ainsi que nous l'avons remarqué dès l'introduction à notre thèse, MOTULSKY a une vision bien trop réductrice des méthodes de la réalisation du droit, puisqu'il exclut du champ de son étude toutes les questions liées à la résolution des problèmes de droit. Or, se sont précisément ces questions qui font l'objet de notre thèse. Et, il ne fait pas de doute que cette résolution ou interprétation du droit s'appuie sur la force motrice de l'imagination, du sentiment ou de l'intuition, peu importe le terme retenu⁹³³.

493. En effet, nous dit-on, « *l'interprétation du droit repose pour une partie importante sur l'imagination* »⁹³⁴. Il appartient ainsi au juge d'imaginer « *ce qu'a pu vouloir le législateur* » ou ce que « *le législateur déciderait* », ce qui nous amène, de fil en aiguille, au problème de la création des règles prétoriennes⁹³⁵. Il semble alors incontestable qu'« *en découvrant de nouvelles règles, en posant un nouveau principe général du droit, le juge imagine, aidé en cela par ceux qui lui fournissent des matériaux, parties ou auteurs* »⁹³⁶.

⁹³¹ H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, *op. cit.*, n° 52 et s., pp. 50-52 : MOTULSKY définit le synchrétisme juridique comme la « *réaction de l'esprit juridique devant l'amas de faits à lui soumis en vue de la réalisation du droit* » (n° 52, p. 51). Il est un « *phénomène psychologique* », une « *vue spontanée d'ensemble* » ou encore la « *réaction première du professionnel averti* » que l'on retrouve dans d'autres domaines que le droit (*ibid.*). Le synchrétisme juridique est le « *"flair"* » du juriste qui « *lui fait pressentir, avant tout examen approfondi, une solution que le raisonnement doit venir vérifier et, le cas échéant, rectifier* » (*ibid.*). Il est vrai que MOTULSKY semble distinguer, sans s'en expliquer, le synchrétisme de l'imagination ou de l'intuition. L'auteur écrit, en effet, que « *le "synchrétisme", [...] s'apparente, sans s'identifier avec elle à l'intuition* » (*ibid.*). Mais en même temps, pour parler de ce synchrétisme, notre auteur emploie le terme de « *vue intuitive* » (n° 53, p. 51) et il le compare au « *"sentiment" du savant* » (n° 52, p. 51) chez Claude BERNARD. Or, chez Claude Bernard, le « *sentiment* » l'« *intuition* » et l'« *imagination* » ne sont pas distingués (C. BERNARD, *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale*, *op. cit.*, pp. 67 et 69).

⁹³² *Ibid.*, n° 54, p. 52.

⁹³³ J. C. HUTCHESON, « *Le jugement intuitif, la fonction du "hunch" dans la décision judiciaire* », *op. cit.* L'auteur se demande quelle est « *cette faculté délicate de l'esprit* » qui fait « *les meilleurs juges* » (p. 540). Il répond : « *Certains l'appellent "intuition", certains "imagination", cette sensibilité aux idées nouvelles, cette aptitude à suivre une piste chaude, à se lancer dans des cercles toujours plus larges pour y trouver une nouvelle trace, au lieu de rester à aboyer là où la piste s'est perdue* » (p. 541). *Adde, supra*, n°.

⁹³⁴ G. CANIVET, N. MOLFESSIS, « *L'imagination du juge* », *op. cit.*, n° 11, p. 136. *Adde*, R. DAVID, *Le droit français*, t. 1, LGDJ, 1960, p. 136 : « *Il n'existe pas en matière d'interprétation de précision mathématique. L'interprétation est aussi affaire de sentiment et d'intuition* ». Il faudrait ajouter, toutefois, que même en mathématiques l'imagination joue un rôle important dans la découverte de théorèmes (en ce sens, v. C. HEMPEL, *Éléments d'épistémologie*, *op. cit.*, p. 22).

⁹³⁵ *Ibid.*, n° 11, p. 139.

⁹³⁶ *Ibid.*

Cette dernière précision mérite d'être relevée. Il est indubitable que les magistrats n'inventent pas seuls leurs hypothèses. Ils sont en cela précédé par les auteurs de la doctrine et par les avocats. « *L'avocat, écrit un auteur, doit être l'“imagination du juge”* »⁹³⁷, et l'on pourrait en dire autant des auteurs doctrine dont les magistrats consultent massivement les écrits⁹³⁸. Il ne reste pas moins vrai que les hypothèses juridiques restent des interprétations imaginées, même si la créativité est une aptitude partagée dont les juges ne sauraient revendiquer le monopole.

494. Cette précision apportée, nous pensons que notre thèse permet de faire un rapprochement passablement inédit entre la résolution des problèmes de droit et la résolution des problèmes dans les autres sciences. Nous le disions déjà dans notre introduction⁹³⁹ : la *méthode de l'hypothèse* n'a pas seulement cours dans les sciences empiriques, telle la physique ou la chimie⁹⁴⁰. Face à un problème, le juge, comme tout scientifique, imagine ou invente une hypothèse qu'il soumet, par la suite, à un examen critique. Si cette position figure déjà en filigrane, ainsi que nous venons de le voir, chez un certain nombre d'auteurs de doctrine juridique, nous estimons qu'il importait de la clamer haut et fort une fois pour toutes et d'en tirer un certain nombre de conséquences.

495. Il n'est sans doute pas inutile d'attirer l'attention de notre lecteur sur le changement de perspective ou de point de vue que notre position implique. En effet, en déclarant que la découverte des hypothèses relève de l'intuition, du sentiment ou de l'imagination, nous abandonnons *le point de vue de la découverte* des hypothèses juridiques, en nous tournant vers *le point de vue de leur mise à l'épreuve*, c'est-à-dire de leur validation, de leur contrôle ou de leur justification. Par conséquent, les hypothèses juridiques se définissant comme des interprétations possibles du droit, nous nous détournons du point de

⁹³⁷ E. BARADUC, « L'avocat, garant de l'impartialité du juge ?... Ou quand la déontologie de l'un sert l'éthique de l'autre », in *La Cour de cassation, l'université et le droit, Mélanges en l'honneur du Président André Ponsard*, Paris, Litec, 2003, n° 30, p. 46.

⁹³⁸ Sur l'importance de l'argument d'autorité en droit, v. *infra*, n° 598.

⁹³⁹ Sur ce point, v. *supra*, n° 56.

⁹⁴⁰ C. HEMPEL, *Éléments d'épistémologie*, *op. cit.*, p. 26 : « *La connaissance scientifique, [...], ne se forme pas par application d'une méthode d'inférence inductive à des données antérieurement recueillies, mais plutôt en pratiquant ce qu'on appelle souvent “la méthode de l'hypothèse”, c'est-à-dire en inventant des hypothèses qui tentent d'apporter une réponse au problème que l'on étudie, et en les soumettant ensuite à un contrôle empirique* ».

vue de la découverte des interprétations pour nous placer sur le terrain de leur justification. En d'autres mots, *nous nous désintéressons de la question de la découverte du sens en droit*, bien qu'il nous semble que les juristes aient souvent la tendance d'envisager l'interprétation précisément sous cet angle⁹⁴¹.

496. Mais, l'abandon du point de vue de la découverte est fortement motivé. C'est que le cheminement mental ou psychologique conduisant à la solution d'un problème de droit, nous paraît difficilement analysable, voire impossible à retracer⁹⁴². Cette idée, on la retrouve aussi sous la plume d'un éminent magistrat que nous avons déjà plusieurs fois cité : « *Il est vrai, écrit M. DRAI, que la découverte se fait rarement par des procédés logiques, immédiatement analysables. La façon dont on trouve n'est pas celle par laquelle on prouve. Autres sont "les chemins de la découverte", autres ceux de la démonstration et de la vérification* »⁹⁴³.

497. Nous nous approprions totalement cette façon de voir. La découverte des hypothèses juridiques est, avant tout, un phénomène psychique échappant à l'analyse du juriste. C'est la raison pour laquelle nous pensons qu'en droit, la question n'est pas celle de savoir comment l'on *trouve* une hypothèse juridique, mais comment on la *prouve*. Et voudrait-on étudier la découverte des interprétations du droit, l'on se demande alors sur quels données empiriques l'on pourrait fonder une telle recherche. Les seuls éléments dont nous puissions disposer – en l'occurrence, les conclusions ou avis d'avocats généraux et les rapports de conseillers rapporteurs – sont des documents écrits constituant des justifications de solutions. Or, il est clair que ces justifications sont déjà l'aboutissement d'une multitude d'opérations psychiques dont elles ne révèlent guère grand'chose⁹⁴⁴.

498. Néanmoins, nous avons à nuancer notre propos. Comme nous le verrons bientôt en seconde partie de thèse, les hypothèses juridiques sont mises à l'épreuve par la méthode de l'argumentation. Ce sont donc des arguments qui sont susceptibles de valider ou

⁹⁴¹ F. PAYCHERE (édité par), *La découverte du sens en droit*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Association française de philosophie du droit, Rencontre annuelle du 5 avril 1991, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1992.

⁹⁴² Sur ce point, v. déjà *supra*, n° 52.

⁹⁴³ P. DRAI, « Le délibéré et l'imagination du juge », *op. cit.*, p. 114.

⁹⁴⁴ Sur ce point, v. déjà *supra*, n° 16.

de discréditer une hypothèse. Or, l'examen de la théorie de l'argumentation nous révélera que les arguments n'ont pas seulement une *fonction de justification* ou *de validation* de solutions mais aussi une *fonction heuristique*, c'est-à-dire une fonction de *découverte*⁹⁴⁵. En d'autres mots, un argument qui permet de valider une hypothèse peut aussi, le cas échéant, servir à la découvrir. Prenons un exemple simpliste, mais parlant. Soit la règle interdisant aux clients d'entrer dans les boulangeries en compagnie de leur chien. Un argument par analogie permettra certainement d'inventer une ou plusieurs hypothèses : l'interprète dira, par exemple, qu'il est possible que cette règle permette également d'interdire l'accès aux boulangeries avec un chat ou un ours. Simultanément, ce même argument d'analogie permettra de justifier, d'une manière plus ou moins convaincante, l'hypothèse posée : c'est *parce qu'il existe une analogie entre les chiens et les chats (ou les ours) qu'il est justifié d'interdire leur présence dans les boulangeries*. Il suit de ce petit exemple, qu'il serait excessif de soutenir que l'on ne peut jamais rien dire du tout sur la découverte des hypothèses juridiques. Au contraire, tous les arguments qui corroborent une hypothèse, peuvent avoir contribué à leur découverte. Il n'empêche que rien ne nous garantit que les arguments utilisés pour justifier une hypothèse aient effectivement contribué à les inventer. Encore une fois, l'invention des hypothèses juridiques a un aspect obscur, psychique, indéterminable. Il en va tout autrement de leur mise à l'épreuve. La mise à l'épreuve d'une hypothèse est une motivation susceptible d'être rendue publique par un magistrat dans son jugement. Il est donc parfaitement envisageable de l'analyser et de la décrire.

499. Outre le changement de point de vue, qui se déplace de la découverte vers la validation des interprétations, notre thèse présente encore un autre avantage. En décomposant le raisonnement juridique en deux étapes, celle de l'imagination d'une hypothèse et celle de leur mise à l'épreuve, elle permet d'assigner une place à la créativité, tant redoutée, des interprètes et principalement des juges, tout en la dédramatisant. Ce n'est pas parce qu'une interprétation est librement inventée qu'elle est nécessairement arbitraire. Tout comme le savant dans les sciences de la nature, le magistrat doit soumettre ses hypothèses à un examen critique. Cette validation qui assure l'objectivité en science, est également apte à assurer le caractère raisonnable de la solution au problème de droit.

⁹⁴⁵ En ce sens, v. O. REBOUL, *Introduction à la rhétorique*, op. cit., p. 10.

Mais avant de nous pencher sur le thème de la mise à l'épreuve des hypothèses juridiques, un dernier point mérite d'être encore brièvement mis en lumière. C'est que l'imagination du magistrat fait l'objet d'une limitation résultant de la séparation des pouvoirs.

B. LA LIMITE À L'IMAGINATION DU JUGE : LE PRINCIPE DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS

500. *A priori*, l'imagination du magistrat ne connaît aucune limite, puisque l'on ne voit pas très bien comment l'on pourrait brider l'ampleur d'une inspiration créatrice. L'élan créateur du juge n'a donc pas vocation à être restreint. Il reste que le juge n'est pas compétent pour résoudre tous les problèmes de droit quand bien même il en aurait les moyens intellectuels. Le principe de la séparation des pouvoirs s'oppose, en effet, à ce que le magistrat remédie systématiquement aux insuffisances de la loi. En d'autres mots, si le magistrat est toujours susceptible d'avoir l'imagination suffisante pour trouver des solutions, il n'a pas toujours le pouvoir de les imposer.

501. En toute rigueur, tout problème de droit pose toujours un problème de compétence. Est-ce que le juge, au regard du principe de la séparation des pouvoirs, a le pouvoir pour résoudre la question qui se pose à lui ? Le magistrat est-il compétent pour « *faire acte de législateur* » pour reprendre la formule de l'article 1^{er}, alinéa 2, du Code civil suisse de 1907⁹⁴⁶ ? Cette façon de présenter les choses, n'a rien de théorique. En effet, l'on voit régulièrement des magistrats se poser la question de leur compétence, lorsqu'ils sont amenés à résoudre un problème déterminé.

502. Pour illustrer, nous nous servons de « l'histoire des transsesuels » et, plus précisément, de deux arrêts (sur trois) qui la composent⁹⁴⁷. Cette histoire est invariablement la

⁹⁴⁶ Cet article affirme dans son intégralité que : « *La loi régit toutes les matières auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions* [al. 1]. *A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur* (nous soulignons) [al. 2]. *Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence* [al. 3].

⁹⁴⁷ En l'occurrence, il s'agit de Ass. plén., 11 décembre 1992 (deux arrêts), *René X, Marc X, J.C.P.* 1993.II.21991, concl. M. JÉOL ; House of Lords, 10 avril 2003, *Bellinger v Bellinger, The All England Law Reports*, 2003, t. 2, p. 593, l'on trouvera également cet arrêt sur le site

même. Des individus avaient, à leur naissance, été inscrits sur les registres d'état civil comme étant de sexe masculin. Mais dès l'enfance, ils s'étaient considérés comme des filles. Passé l'âge de la majorité ils avaient entrepris un traitement hormonal, puis une intervention chirurgicale de conversion sexuelle. Dans le volet français de cette « histoire », les intéressés demandaient, pour parfaire leur transformation, de modifier leur prénom ainsi que la mention du sexe figurant sur leur acte de naissance. Or, voici la question posée par M. l'Avocat général JÉOL⁹⁴⁸ :

Appartient-il à la justice de résoudre le problème posé par le transsexualisme ou convient-il, au contraire, d'attendre des solutions du parlement, ou du gouvernement ?

503. Ce problème de la compétence juridictionnelle pour résoudre un problème de droit, a été conceptualisé par les auteurs germaniques en ce qui concerne la question des lacunes de la loi. Ceux-ci distinguent, en effet, entre lacunes *de lege lata* et lacunes *de lege ferenda* ou bien – et c'est la même chose – entre « lacunes immanentes à la loi » (*gestzesimmanente Lücken*) et « lacunes de politique juridique » (*rechtspolitische Lücken*)⁹⁴⁹. Les premières correspondent à celles que le juge peut combler, tandis que les secondes sont à combler par le législateur. C'est que les lacunes de politique juridique sont la suite d'une « faute de politique juridique » (*rechtspolitischer Fehler*)⁹⁵⁰ qu'il n'appartient pas au magistrat de corriger. Certes, il ne fait pas de doute que la distinction entre ces deux types de lacunes n'est guère rigoureuse et dépendra souvent du « tempérament juridico-politique » de l'interprète (*rechtspolitisches Temperament*)⁹⁵¹. Il reste que cette distinction a le mérite de corroborer notre idée suivant laquelle les problèmes de droit soulèvent des questions de compétence⁹⁵².

<http://www.publications.parliament.uk>; CJCE, 30 avril 1996, *P contre S et Cornwall County Council*, concl. TESAURO, aff. C-13/94, *Rec.*1996.I.02143.

⁹⁴⁸ M. JÉOL, *concl. préc.*, 43, col. droite.

⁹⁴⁹ En ce sens, v. E. A. KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, op. cit., III, 4, b), p. 139.

⁹⁵⁰ K. LARENZ (begründet von), Cl.-W. CANARIS (fortgeführt von), *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, op. cit., K. 5, 2, a, p. 194.

⁹⁵¹ E. A. KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, op. cit., III, 4, b, p. 140.

⁹⁵² En ce sens, v. C. W. CANARIS, « De la manière de constater et de combler les lacunes de la loi en droit allemand », in *Le problèmes des lacunes en droit*, op. cit., p. 161. Fort pertinemment l'auteur écrit, au sujet des lacunes, que « l'on estime généralement que le juge peut combler une lacune. Ceci signifie cependant que le juge complète et développe la loi, et ainsi nous nous trouvons devant le problème de la délimitation de la compétence du juge et du législateur. Nous devons, par conséquent, déterminer le concept de lacune en tenant compte de la

504. Certes, la distinction ci-dessus pourrait laisser penser que seul le problème de lacune de la loi pose un tel problème de compétence. Et, il faut bien avouer que ce type de problème – en tant qu’il représente, en principe, le degré le plus prononcé d’insuffisance de la loi – sera de nature à poser le plus fréquemment la question de la compétence prétorienne. Il ne reste pas moins vrai que d’autres types de problèmes sont de nature à soulever cette question de la compétence. Le volet britannique dans « l’histoire des transsexuels » nous permet précisément d’illustrer cette affirmation.

505. Dans l’arrêt *Bellinger v. Bellinger*, il ne s’agissait pas pour la House of Lords de résoudre un problème de lacunes de la loi, mais un problème typique d’obscurité. En l’espèce, un homme, Mister BELLINGER, avait épousé sans difficulté une personne qui, avant le mariage, avait fait l’objet d’un traitement hormonal et d’une opération chirurgicale lui donnant l’apparence d’une femme. En l’occurrence, l’officier d’état civil n’avait pas posé de question sur l’appartenance sexuelle de Madame Bellinger. Après leur mariage, Madame Bellinger cherchait à obtenir une déclaration judiciaire de validité du mariage. Or, la section 1 (c) du *Matrimonial Causes Act 1973* dispose que le mariage est nul à moins que les parties soient « *respectivement un homme et une femme* »⁹⁵³. La question était donc de savoir si les termes « femme » ou « homme », figurant dans la loi sur les affaires matrimoniales de 1973, étaient suffisamment larges pour contenir des hommes transsexuels devenus femme et vice versa. On le voit, le problème était un problème d’obscurité de la loi puisqu’il se posait une question de choix entre significations raisonnables mais divergentes d’un même terme. Or, Lord NICHOLLS of BIRKENHEAD a refusé de résoudre la question d’obscurité au motif qu’il n’en avait pas la compétence :

Celle-ci [l’interprétation large des termes de la loi] représenterait un changement majeur de la loi, avec des ramifications considérables. Elle soulève des problèmes dont les solutions appellent des recherches étendues et une consultation et discussion publiques les plus larges possible. Des questions de politique sociale et de faisabilité administrative se posent sur plusieurs points, et leur interaction doit être évaluée et mise en balance. **Ces problèmes (issues) sont tous mal adaptés pour être résolus par des**

répartition de compétence entre le juge et la législation. Il en résulte que la question “quand y a-t-il lacune”, n’est pas en premier ordre une question de méthode mais, avant tout, un problème de droit constitutionnel ».

⁹⁵³ Pour ce texte, v. Lord HOBHOUSE of WOODBOROUGH, *arrêt préc.*, n° 72.

cours et des procédures juridictionnelles. Ils relèvent de manière prééminente du Parlement, et ce d'autant plus quand le gouvernement a, en des termes non équivoques, déjà annoncé son intention d'introduire une législation d'ensemble sur ce sujet difficile et sensible. (nous soulignons)

506. Cette attitude hostile à l'intervention prétorienne contraste singulièrement avec l'attitude de M. l'Avocat général JÉOL, ce qui est peut-être susceptible d'illustrer l'idée de la variation du tempérament juridico-politique des interprètes⁹⁵⁴. Voici en tous cas, ce qu'en dit l'Avocat général⁹⁵⁵ :

Il ne me semble pas davantage souhaitable de renvoyer un dossier aussi complexe, aussi mouvant et aussi sensible que celui du transsexualisme au législateur. Comme le montre l'expérience des pays européens – en particulier l'Italie – qui ont élaboré une loi, **le Parlement risquerait d'être débordé par l'ampleur et le caractère ontologique, sinon passionnel, des questions soulevées** ; ses réponses seraient remises en cause par le progrès de la science et le mouvement des idées ; [...]. (nous soulignons)

507. Cet argument nous paraît remarquable. La compétence du législateur doit être rejetée parce que le législateur risque de ne pas être à la hauteur du problème et parce qu'il risque de retenir des solutions qui seraient vite dépassées et donc, d'une certaine manière, impraticables. La sagesse du juge l'emporte sur celle du législateur !

508. Nous venons de voir que les problèmes juridiques posent des problèmes de compétence. Bien sûr – et peut-être n'y avons-nous pas assez insisté – ces problèmes font également naître des hypothèses de compétence et d'incompétence susceptibles d'être mises à l'épreuve par une argumentation. Ainsi, dans l'exemple présenté ci-dessus, M. l'Avocat général JÉOL s'est servi d'un argument conséquentialiste et, plus précisément, d'un argument de la praticabilité et du risque pour réfuter l'hypothèse d'incompétence du juge⁹⁵⁶.

⁹⁵⁴ A vrai dire, il convient de rester prudent et d'éviter toute affirmation hâtive, dans la mesure où les contextes français et britannique ne sont probablement pas les mêmes (cf. notamment le projet de loi en cours en Grande-Bretagne).

⁹⁵⁵ M. JÉOL, *concl. préc.*, p. 44, col. gauche.

⁹⁵⁶ Sur ce type d'argument, v. *infra*, n° 853. En l'espèce, cet argument consiste à affirmer que l'hypothèse de l'incompétence du juge doit être rejetée, parce qu'elle risque d'avoir pour conséquence de déborder le législateur.

509. Nous finirons ce chapitre par une dernière remarque sur la limite à l'imagination du juge résultant du principe de la séparation des pouvoirs. Nous pensons que toute conception rigide de la séparation des pouvoirs serait non seulement inopportune, mais ne correspondrait pas non plus à la réalité de la répartition des pouvoirs dans l'ordre juridique français. Le fait même que le juge accepte de résoudre des problèmes de droit démontre à suffisance que l'on ne saurait soutenir que c'est le législateur qui seul fait la loi, alors que le juge se bornerait à l'appliquer. Notre propre conception de la séparation des pouvoirs – il faudrait d'ailleurs plutôt parler de « répartition » des pouvoirs – correspond bien plus à celle préconisée par PORTALIS dans son *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*⁹⁵⁷ :

L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière.

C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application.

510. Ce passage – que nous avons déjà eu l'occasion de citer⁹⁵⁸ – affirme que le domaine de prédilection de l'intervention et donc de l'imagination prétorienne est celui de la concrétisation du droit. Il est exact, cependant, que les juges dépassent parfois le champ de la concrétisation en consacrant, en sens inverse, des principes généraux⁹⁵⁹. Il ne reste pas moins vrai que la création de règles prétoriennes nouvelles à un haut degré de généralité et d'abstraction exige des arguments particulièrement forts pour justifier la compétence des magistrats pour les édicter et pour contrebalancer ainsi le principe limitatif de la séparation des pouvoirs.

Conclusion du titre II

511. En conclusion, l'analyse de la notion de problème juridique nous a appris qu'il existe quatre espèces de problèmes juridiques : le problème de qualification, le problème d'obscurité de la loi, le problème de conflit de lois et le problème de lacune de la loi. Selon

⁹⁵⁷ J.-É.-M. PORTALIS, « Discours préliminaire sur le projet de code civil », in *Jean-Étienne-Marie Portalis, Écrits et discours juridiques et politiques, op. cit.*, p. 26.

⁹⁵⁸ Sur ce point, v. *supra*, n° 113.

⁹⁵⁹ Sur ce point, v. *supra*, n° 121.

nous, ces différents problèmes-types ne constituent que des espèces d'un même genre, à savoir des variations du problème d'interprétation du droit.

512. Nous avons cherché à établir cette affirmation en commençant par reconnaître l'existence d'une parenté entre les différents problèmes-types. Tous ces problèmes se ressemblent, à tel point que, dans certains cas, il est possible d'analyser une même difficulté de départ de quatre manières différentes, c'est-à-dire en problème de qualification, d'obscurité, de conflit de lois et de lacune. Et régulièrement, l'on parvient à transformer un problème de qualification en problème d'obscurité, un problème d'obscurité en problème de conflit de lois, un problème de conflits de lois en problème de lacune, sans parler des autres conversions possibles, par exemple, d'un problème d'obscurité en problème de lacune.

513. Cette ressemblance ou parenté entre problèmes démontre que ceux-ci ne traduisent, en vérité, que des degrés plus ou moins prononcés dans l'insuffisance de la loi. Parallèlement, ils expriment des interventions prétorienne plus ou moins intenses pour les résoudre. Schématiquement, l'on peut alors affirmer qu'*a priori* le problème de qualification implique l'exercice d'un pouvoir créateur moins important que la résolution d'un problème d'obscurité ; le problème d'obscurité une intervention moins forte que la résolution d'un problème de conflit de lois pouvant aboutir à la suppression de l'une des règles en présence ; la résolution d'un problème de lacune apparaissant comme l'intervention prétorienne la plus intense. Cette dissociation des problèmes de droit en fonction du pouvoir créateur du juge reste néanmoins toute relative. De fait, la résolution d'un problème de qualification peut, le cas échéant, supposer l'exercice d'un pouvoir considérable par le magistrat.

514. Après avoir constaté cette fluidité entre problèmes juridiques, nous nous sommes tournés du côté de la notion d'interprétation du droit. À cette occasion, nous avons d'abord constaté le caractère créateur de toute interprétation. En effet, la polysémie systématique du langage ordinaire, y compris du langage juridique, oblige à reconnaître que la moindre lecture d'un texte de loi implique des choix de sens, fussent-ils inconscients. De même, lorsque l'interprétation consiste à rechercher la volonté du législateur historique, cette recherche est susceptible de s'appuyer sur une multitude de critères conduisant à des choix et à une véritable élaboration de cette volonté. Sans même considérer les cas plus flagrants de création du droit par le juge, l'on est donc amené à constater que son travail ordinaire (par

exemple, la lecture d'un texte de loi) implique, lui aussi, l'exercice d'un certain pouvoir créateur.

515. Cette créativité systématique mise en œuvre par l'activité d'interprétation du droit, fait de celle-ci un outil susceptible de résoudre n'importe lequel de nos problèmes-types, lesquels caractérisent un degré plus ou moins important dans l'insuffisance de la loi. Mais qu'est-ce, plus exactement, l'interprétation du droit ? Pour répondre à cette question, il convient de replacer l'interprète, qui dans notre cas est un juge, à l'endroit qu'il occupe dans la réalisation du droit. Or, ainsi que nous l'avons vu dès le début de cette première partie de thèse, le juge est placé au centre de la relation qui unit législateur au cas particulier. De ce fait, il est censé appliquer la volonté ou la pensée du premier aux éléments de fait du second. Le magistrat est donc l'intermédiaire qui procure la pensée du législateur au regard du cas particulier. En postulant que la pensée du législateur est toujours une pensée rationnelle, l'interprétation du juge consiste alors, selon nous, à dire sous forme de règle la pensée d'un législateur rationnel au regard du cas d'espèce.

516. Cette définition est suffisamment large pour s'appliquer à des cas de figures très différents. En effet, elle englobe les cas les plus simples où l'activité du magistrat consiste simplement à lire le texte de loi et à l'appliquer. De même, elle concerne les cas problématiques où la loi – et donc la pensée du législateur – sont insuffisantes. En d'autres mots, notre définition de l'interprétation s'applique aussi à la résolution des problèmes juridiques les plus graves, tel celui des lacunes de la loi. Ainsi, lorsque la pensée du législateur historique fait défaut ou lorsqu'elle est dépassée, il appartient au magistrat, sous réserve de des limites tirées de la séparation des pouvoirs, de faire acte de législateur, c'est-à-dire d'énoncer, sous forme de règle, la pensée d'un législateur rationnel au regard du cas d'espèce.

517. Revenons dès lors au problème d'interprétation du droit. Un problème de droit, avons-nous dit, pose une question de choix entre solutions possibles. Par conséquent, le problème d'interprétation pose une question de choix entre interprétations possibles du droit. Cette définition en compréhension de la notion de problème de droit facilite grandement la définition en compréhension des hypothèses juridiques. Celles-ci, en tant que réponses possibles à des problèmes de droit, se définissent en toute simplicité comme des interprétations possibles du droit. Ce parallélisme entre les définitions en compréhension des problèmes et des hypothèses juridiques, s'observe également lorsque l'on se tourne du côté

des définitions en extension des mêmes notions. De fait, aux problèmes de qualification, d'obscurité de la loi, de conflit de lois et de lacune de la loi, correspondent quatre types d'hypothèses : des hypothèses de qualification, des hypothèses de clarification de loi, des hypothèses de solution de conflit de lois et des hypothèses de comblement de lacune.

518. Sans revenir sur la définition de chacune de ces hypothèses, nous nous permettons de faire une dernière remarque quand à leur découverte. À notre sens, le problème de la découverte des hypothèses juridiques est un faux problème. En effet, comme dans tous les autres domaines de la recherche scientifique, la découverte des hypothèses juridiques tient à l'imagination du magistrat, à son intuition. Aussi bien, cette découverte semble-t-elle passablement insondable.

519. L'abandon du point de vue de la découverte des hypothèses juridiques nous a conduits à nous placer du point de vue de leur mise à l'épreuve, c'est-à-dire de leur contrôle ou de leur validité. La question dès lors n'est plus de savoir comment l'on trouve des hypothèses, mais comment on les prouve. Or, c'est précisément cette dernière question qui fera l'objet de notre deuxième partie de thèse.

Conclusion de la première partie

520. Cette première partie avait pour finalité de définir les hypothèses juridiques. Il en résulte d'abord une définition double, l'une en compréhension, l'autre en extension. En compréhension, une hypothèse juridique n'est rien d'autre qu'une interprétation possible du droit. En extension, nous avons distingué quatre types d'hypothèses : l'hypothèse de qualification, l'hypothèse de clarification de la loi, l'hypothèse de solution de conflit de lois et l'hypothèse de comblement de lacune.

521. Ces deux sortes de définitions des hypothèses sont déduites de la définition des problèmes juridiques qui les font naître. En effet, conformément à une doctrine classique, nous avons distingué quatre espèces de problèmes de droit : le problème de qualification, le problème d'obscurité de la loi, le problème de conflit de lois et le problème de lacune de la loi. Or, tous ces problèmes ne constituent, selon nous, que des espèces d'un même genre. En

d'autres mots, toutes les espèces de problèmes juridiques ne sont rien d'autre que des figures d'un seul et même problème d'interprétation du droit.

522. En définissant ainsi les hypothèses juridiques à partir des problèmes dont elles jaillissent, nous en avons, en définitive, élaboré une définition génétique, c'est-à-dire une définition décrivant le concept qu'elle désigne par la manière dont il se produit. Cela dit, en commençant cette première partie de thèse, nous avons également proposé établir une définition topique de la notion d'hypothèse juridique tentant, cette fois-ci, de décrire d'une manière quelque peu imagée, il est vrai, le lieu où elle peuvent être rencontrées.

523. Ce lieu se situe à l'intérieur de la relation entre le législateur et le cas particulier. De fait, il faut se rendre à l'évidence que le législateur statue, par voie de règles générales et abstraites, sur des cas particuliers. Ce lien – mais on peut en même temps parler de distance ou d'écart – entre le législateur et le cas particulier rend indispensable l'intervention d'un intermédiaire – dans notre analyse, d'un juge – chargé de réaliser la volonté du premier par rapport au cas d'espèce qui s'est produit.

524. Cette intervention inéluctable d'un magistrat conduit à diviser le lien entre le législateur et le cas particulier en deux parties : le rapport entre le législateur et le juge et le rapport entre le juge et le cas particulier. Le rapport entre le législateur et le juge a pour objet de la signification. En effet, le législateur communique les règles qu'il conçoit au moyen de mots dotés d'une signification. C'est de cette manière qu'il parvient à les rendre accessible à la sphère mentale du magistrat. Le magistrat, par la suite, est chargé de concrétiser cette signification dans le cas particulier. Aussi, l'objet du rapport entre le juge et le cas particulier consiste-t-il en la concrétisation du droit.

525. Cette façon de penser le lien entre le législateur et le cas particulier nous a permis de mettre en évidence ce que nous avons appelé un espace de la signification du droit et un espace de la concrétisation du droit lesquels constituent ainsi les lieux des hypothèses juridiques. En vérité toutefois, signification du droit et concrétisation du droit se recoupent entièrement, en sorte que les deux espaces se superposent. De fait, concrétiser une règle revient encore à lui attribuer une signification. La concrétisation ne quitte donc pas le terrain de la signification. De même, la signification, à moins que d'être concrétisée, ne se situe

jamais en dehors de la généralité et de l'abstraction, c'est-à-dire de ce que nous avons appelé l'espace de la concrétisation.

526. Après le rappel de cette définition topique des hypothèses juridiques, revenons à leur découverte par le magistrat. La liberté de l'imagination semble caractériser cette découverte, puisque l'on ne voit pas très bien comment l'on pourrait la contraindre. En revanche, le juge n'est absolument pas libre d'imposer toutes les hypothèses qu'il a pu librement imaginer. En effet, non seulement son pouvoir d'imposer une solution est limitée par le principe de la séparation des pouvoirs gouvernant toute société démocratique, mais encore le magistrat est obligé de mettre son hypothèse à l'épreuve d'un certain nombre de tests ou d'arguments-types.

SECONDE PARTIE

LA MISE À L'ÉPREUVE DES HYPOTHÈSES JURIDIQUES

527. La méthode de mise à l'épreuve des hypothèses juridiques est l'*argumentation*. L'*argumentation* se définit à la fois comme une activité et comme un résultat⁹⁶⁰. En tant qu'activité, *l'argumentation est l'activité discursive qui consiste à présenter des arguments*. En tant que résultat, elle est *l'ensemble des arguments ainsi présentés*⁹⁶¹. Or qu'est-ce qu'un argument ? Nous entendons par « argument » *une raison, une preuve ou un « parce que » avancé au soutien d'une opinion*⁹⁶². Ainsi, un magistrat réfutera-t-il, par exemple, une solution possible à un problème donné *parce qu'il estime qu'elle conduirait à des*

⁹⁶⁰ Les auteurs ne semblent pas insister sur ce double aspect de l'*argumentation*. Il résulte néanmoins implicitement de la définition donnée par PERELMAN qui écrit que « *l'argumentation est la manière de présenter et de disposer les arguments ; le terme désigne aussi l'ensemble des arguments qui résulte de cette présentation* » (*Encyclopaedia universalis*, Paris, Encyclopaedia universalis, 2002, v° « Argumentation »).

⁹⁶¹ Nous définissons donc l'*argumentation* à partir de la notion d'argument, n'en déplaise à M. REBOUL. Cet auteur s'exclame : « *Comment définir l'argumentation ? Certainement pas comme un ensemble, ou une suite d'arguments* » (O. REBOUL, *Introduction à la rhétorique*, op. cit., p. 100). Et pourquoi pas ? Nous pensons traduire fidèlement la pensée de cet auteur en rappelant que le mot « argument » est un mot qui est également utilisé en logique formelle. Il indique alors « *une valeur déterminée, susceptible d'être substituée à une variable dans une fonction* » (Ch. PERELMAN, « Argumentation », art. préc.). Or, la logique formelle s'oppose à l'*argumentation*. D'où il suivrait que l'on ne pourrait définir l'*argumentation* par le mot argument. Cette conclusion ne nous paraît absolument pas s'imposer. En effet, il suffit d'indiquer que l'on entend le mot « argument » dans un autre sens que celui issu de la logique formelle pour pouvoir définir l'*argumentation* comme un ensemble d'arguments. En tout cas, tout comme PERELMAN (v. supra, note n° 960) le *Vocabulaire juridique* de l'association Henri Capitant définit lui aussi le mot « argumentation » comme « *ensemble d'arguments [...]* » (G. CORNU (sous la dir. de), op. cit., v° « Argumentation »).

⁹⁶² Là encore nous collons étroitement aux définitions pérelmaniennes : « *Dans son sens usuel, l'argument est soit un raisonnement destiné à prouver ou à réfuter une proposition donnée, soit une raison avancée à l'appui d'une thèse ou contre celle-ci* » (Ch. PERELMAN, « Argumentation », art. préc.). Nous pensons que cette définition, tout comme la nôtre, est beaucoup plus parlante que d'autres définitions que l'on rencontre dans la littérature générale ou juridique. Olivier REBOUL, par exemple, définit l'argument comme « *une proposition destinée à en faire admettre une autre* » (*Introduction à la rhétorique*, op. cit., p. 100). D'une manière plus obscure, FABREGUETTES écrit qu'« *un argument est un raisonnement par lequel on tire une conséquence d'une ou de plusieurs propositions* » (*La logique judiciaire et l'art de juger*, Paris, LGDJ, 1914, p. 373). SAINT-ALBIN évoque un certain nombre de définitions du mot « argument » dont, en premier lieu, celle également retenue par FABREGUETTES. Finalement, il n'envisage « *le mot argument que dans sa synonymie avec raisonnement* » (*Logique judiciaire ou Traité des arguments légaux*, Paris, Joubert, 2^{ème} éd., 1841, p. 33).

conséquences inacceptables – et c’est un argument conséquentialiste⁹⁶³ – ou bien parce qu’il constate qu’elle est rejetée par la majorité des auteurs – et c’est un argument d’autorité⁹⁶⁴.

528. Tous les auteurs n’ont de cesse de le souligner : le champ de l’argumentation est le domaine du *vraisemblable*⁹⁶⁵, du *plausible* ou du *raisonnable*⁹⁶⁶. De fait, l’argumentation « *constitue une méthode de recherche et de preuve à mi-chemin entre l’évidence et l’ignorance, entre le nécessaire et l’arbitraire* »⁹⁶⁷. Aussi bien, l’argumentation occupe-t-elle le vaste domaine de l’*opinion* situé entre, d’une part, les démonstrations scientifiques et, d’autre part, l’irrationnel et l’ignorance. Contrairement à la démonstration scientifique qui fournit des preuves contraignantes, l’argumentation procure des raisons plus ou moins fortes d’adhérer à une opinion⁹⁶⁸.

529. Cette dissociation entre démonstration scientifique et argumentation, PERELMAN la fonde sur la distinction aristotélicienne entre raisonnements analytiques et raisonnements dialectiques⁹⁶⁹. Suivant cette distinction, « *les raisonnements analytiques sont ceux qui, partant de prémisses nécessaires, ou du moins indiscutablement vraies, aboutissent, grâce à des inférences valides, à des conclusions également nécessaires ou vraies* »⁹⁷⁰. À l’opposé, les raisonnements dialectiques « *sont relatifs non aux démonstrations scientifiques, mais aux délibérations et aux controverses. Ils concernent les moyens de persuader et de convaincre au moyen du discours, de critiquer les thèses de l’adversaire, de défendre et de justifier les siennes propres, à l’aide d’arguments plus ou moins forts* »⁹⁷¹. D’une manière très

⁹⁶³ Sur le « test des conséquences », v. *infra*, n° 812 et.

⁹⁶⁴ Sur le « test des autorités », v. *infra*, n° 598.

⁹⁶⁵ Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l’argumentation, La nouvelle rhétorique*, *op. cit.*, § 1, p. 1 ; O. REBOUL, *Introduction à la rhétorique*, *op. cit.*, p. 99 ; B. BUFFON, *La parole persuasive, Théorie et pratique de l’interrogation rhétorique*, PUF, col. L’interrogation philosophique, 2002, p. 57 ; Ph. BRETON, *L’argumentation dans la communication*, Paris, La découverte, col. Repères, nouvelle édition, 2001, p. 24.

⁹⁶⁶ En ce sens, Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l’argumentation*, *op. cit.*, § 1, p. 1 ; CH. PERELMAN, *L’empire de la rhétorique, Rhétorique et argumentation*, Paris, J. Vrin, Bibliothèque des textes philosophiques, 3^{ème} tirage, 1997, p. 19

⁹⁶⁷ O. REBOUL, *Introduction à la rhétorique*, *op. cit.*, p. 99.

⁹⁶⁸ En ce sens, v. Ch. PERELMAN, « Argumentation », *art. préc.*

⁹⁶⁹ Sur ce point, v. ARISTOTE, *Organon, Topiques*, traduction par J. TRICOT, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, col. Bibliothèque des textes philosophiques, 1997, I, 1, 100 a 25.

⁹⁷⁰ Ch. PERELMAN, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, *op. cit.*, n° 1. p. 1.

⁹⁷¹ *Ibid.*, n° 2, p. 2.

radicale, PERELMAN oppose ainsi la démonstration à l'argumentation⁹⁷². Dans cette dichotomie, la démonstration concerne la logique formelle et les sciences expérimentales. Elle relève de la nécessité et vise la vérité. À l'opposé, l'argumentation intervient dans le domaine de la délibération, des controverses et de la décision. Elle relève de l'opinion et du vraisemblable.

530. Conformément à notre définition ci-dessus, nous envisageons l'argument comme un moyen de preuve en faveur d'une solution. Autrement dit, nous analysons les arguments dans leur *fonction probatoire* ou *justificative*. Cela dit, les arguments sont susceptibles d'exercer d'autres fonctions⁹⁷³. En particulier, ils sont susceptibles de jouer une *fonction de découverte* ou *heuristique*. Par exemple, pour découvrir une interprétation possible d'une notion juridique, l'argument d'autorité peut être particulièrement fécond. Il peut alors consister à consulter un auteur qui suggère une solution⁹⁷⁴. Mais d'autres arguments, comme l'argument d'analogie, possèdent également un grand pouvoir de suggestion⁹⁷⁵. De plus, si l'argumentation permet ainsi de découvrir des solutions à des problèmes, elle sert aussi à décoder des discours. L'argumentation est alors utilisée dans sa *fonction herméneutique* ou *interprétative*. C'est en ce sens, d'ailleurs, que nous nous servons de l'argumentation : elle nous permet d'analyser des motivations judiciaires. Enfin, les arguments possèdent une *fonction pédagogique* en ce sens que leur apprentissage permet de former les esprits, d'aiguiser la pensée.

531. Ainsi que nous l'avons déjà expliqué en première partie de thèse, nous nous désintéressons de la question de la découverte des hypothèses juridiques. Notre angle de vue est limité au problème de leur justification, c'est-à-dire de leur mise à l'épreuve, après

⁹⁷² Trop radicale, selon nous. Car, après tout, il existe également des controverses entre scientifiques dans les sciences dures, et l'on peut faire des raisonnements formellement corrects dans le domaine de l'argumentation. En ce sens, v. O. REBOUL, *Introduction à la rhétorique*, op. cit., p. 106.

⁹⁷³ En ce sens, Olivier REBOUL distingue quatre fonctions de la rhétorique : la fonction persuasive, la fonction herméneutique, la fonction heuristique et la fonction pédagogique (*ibid.*, pp. 7-12).

⁹⁷⁴ Pour illustrer, on citera ce petit passage dû à M. l'Avocat général CABANNES : « Pour appréhender pleinement la question, il faut se référer entre autres, à quelques ouvrages fondamentaux au nombre desquels je citerai notamment – car ma liste n'est nullement exhaustive – celui de professeur Gilles Goubeaux (La règle de l'accessoire en droit pénal, Paris, L.G.D.J., 1969), à qui se réfère d'ailleurs le professeur Maury, ou encore de notre collègue Pierre Gulphe (L'immobilisation par destination, thèse, Paris, 1943) » (conclusions, Ass. plén., 15 avril 1988, D. 1988.327, col. droite).

⁹⁷⁵ Sur ce point, v. *supra*, n° 498.

qu'elles ont été découvertes. Mais il ne faudrait pas se méprendre sur notre point de vue. Nous ne prétendons nullement que l'argumentation ne puisse jamais servir à découvrir des interprétations possibles du droit. Cependant, comme d'autres éléments, tels l'imagination et l'intuition, interviennent dans le processus de découverte et que ces éléments échappent à notre capacité d'analyse, nous avons fait le choix de n'étudier que ce qui peut l'être, à savoir les justifications que les magistrats nous livrent après-coup à l'appui de leurs solutions⁹⁷⁶. Or, ces justifications constituent des argumentations.

532. Les arguments font l'objet de classifications présentées dans les ouvrages de rhétorique. La classification d'arguments la plus courante est celle proposée par le *Traité de l'argumentation* dû à Chaïm PERELMAN et à Lucie OLBRECHTS-TYTECA⁹⁷⁷. Ces auteurs distinguent entre quatre grandes classes d'arguments susceptibles d'être utilisés dans *tout* type de discours⁹⁷⁸. Il s'agit des « arguments quasi-logiques »⁹⁷⁹, des « arguments basés sur la structure du réel »⁹⁸⁰, des « liaisons qui fondent la structure du réel »⁹⁸¹ et de « la dissociation de notions »⁹⁸².

⁹⁷⁶ Sur tous ces points, v. *supra*, n° 52 et 496671.

⁹⁷⁷ *Op. cit.* La même classification est également retenue par O. REBOUL, *Introduction à la rhétorique*, *op. cit.*, pp. 174 et s. et, à peu de variations près, par B. BUFFON, *La parole persuasive*, *op. cit.*, pp. 155 et s.

⁹⁷⁸ En effet, pour PERELMAN « la théorie de l'argumentation conçue comme une nouvelle rhétorique (ou une nouvelle dialectique) couvre **tout le champ du discours** visant à convaincre ou à persuader, quel que soit l'auditoire auquel il s'adresse, et quelque soit la matière sur laquelle il porte. On pourra compléter, si cela paraît utile, l'étude générale de l'argumentation par des méthodologies spécialisées selon le type d'auditoire et le genre de discipline. C'est ainsi que l'on pourrait élaborer une logique juridique ou une logique philosophique, qui ne seraient que des applications particulières de la nouvelle rhétorique au droit et à la philosophie » (Ch. PERELMAN, *L'empire de la rhétorique, Rhétorique et argumentation*, *op. cit.*, p. 19) (nous le soulignons).

⁹⁷⁹ Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, *op. cit.*, § 45 et s., pp. 259 et s. (arguments quasi logiques). Un argument quasi logique est un argument qui s'apparente à une relation logique ou mathématique, comme l'identité, la contradiction, l'égalité ou la transitivité. Mais l'argument quasi logique n'est pas contraignant parce que sa mise en œuvre suppose une réduction des données au schéma formel. D'après le *Traité*, l'argument d'incompatibilité est, par exemple, un argument quasi logique fondé sur le principe logique de la non contradiction (§ 46, pp. 262 et s. ; v. aussi *infra*, n°). Il en va de même de la règle de justice formelle qui fonde l'argument du précédent et qui dérive du principe d'égalité (§ 52, pp. 294 et s., v. aussi *infra*, n° 749).

⁹⁸⁰ *Ibid.*, § 60 et s., pp. 351 et s. Les arguments fondés sur la structure du réel « s'appuient non plus sur la logique mais sur l'expérience, sur les liaisons reconnues dans les choses » (O. REBOUL, *Introduction à la rhétorique*, *op. cit.*, p. 178). Ce type de liaison fonde les arguments conséquentialistes (v. *infra*, n° 813 et s.) qui relie l'opinion défendue à ses conséquences, ou encore l'argument d'autorité (v. *infra*, n° 598 et s.) qui tire parti de la relation de coexistence reconnue entre une personne et ses actes.

⁹⁸¹ *Ibid.*, § 78 et s., pp. 471 et s. Les arguments qui fondent la structure du réel « ne s'appuient pas sur la structure du réel, ils la créent ; ou du moins la complètent, faisant apparaître entre les choses des liaisons qu'on ne voyait pas, qu'on ne soupçonnait pas » (O. REBOUL, *Introduction à la rhétorique*, *op. cit.*, p. 185).

533. Le problème avec cette classification est qu'elle ne paraît jamais avoir été adoptée par le moindre ouvrage juridique⁹⁸³. Et, même PERELMAN, dans sa *Logique juridique*, n'y fait pas la moindre allusion⁹⁸⁴ ! Non pas que l'on ne saurait retrouver, dans les argumentations juridiques, les différents arguments répertoriés dans les quatre grandes classes du *Traité*. Mais, à vrai dire, il ne nous semble pas que celles-ci expriment des points de vue pertinents pour le raisonnement juridique.

534. Cette insatisfaction devant la classification des ouvrages de rhétorique générale – classification qui n'a d'ailleurs rien de nécessaire⁹⁸⁵ –, nous a conduit à l'abandonner et la remplacer par une autre. Celle-ci est, dans ses grandes lignes, fortement inspirée de celle adoptée par Neil MACCORMICK dans *Raisonnement juridique et théorie du droit*⁹⁸⁶. L'auteur distingue entre « l'exigence de justice formelle » qui fonde le précédent, « les arguments conséquentialistes », « l'exigence de cohérence » et « l'exigence de compatibilité ». Or, ces quatre catégories d'arguments nous semblent bien mieux rendre compte des points de passage déterminants du raisonnement juridique.

535. Nous ne suivons pas, toutefois, servilement la classification de l'auteur écossais, même si nous consacrerons, comme lui, une grande catégorie d'arguments aux arguments conséquentialistes. Cependant, M. MACCORMICK ne fait aucune allusion aux arguments d'autorité alors que ce type d'arguments est particulièrement fréquent dans le

L'induction (v. *infra*, n° 769 et s.) appelée encore « argumentation par l'exemple » relève de cette catégorie d'arguments.

⁹⁸² *Ibid.*, § 89 et s., pp. 550 et s. Les arguments par dissociation de notion « consistent tous à dissocier des notions en couples hiérarchisés, comme apparence/réalité, moyen/fin, lettre/esprit, etc. Ils se distinguent ainsi de tous les autres arguments, qui associent les notions » (O. REBOUL, *Introduction à la rhétorique*, *op. cit.*, p. 192).

⁹⁸³ Il est remarquable que Mme MATHIEU-IZORCHE, qui consacre le dernier chapitre de son ouvrage à « la logique de l'argumentation », volontairement n'adopte pas la classification du *Traité de l'argumentation* (*Le raisonnement juridique*, *op. cit.*, pp. 355-356)

⁹⁸⁴ *Op. cit.*

⁹⁸⁵ Pour preuve, un auteur comme M. BRETON distingue « quatre grandes familles d'arguments » complètement différentes de la classification précédente : les arguments d'autorité, les arguments de communauté, les arguments de cadrage, les arguments d'analogie (*L'argumentation dans la communication*, *op. cit.*, pp. 42 et s.). C'est cette classification-ci qui est reprise par Mme MATHIEU-IZORCHE encore qu'elle en souligne la « valeur toute relative » (*Le raisonnement juridique*, *op. cit.*, p. 356).

⁹⁸⁶ *Op. cit.*

raisonnement des magistrats. Aussi bien, consacrerons-nous à ces arguments une étude à part. Ensuite, nous n'approuvons pas la dissociation entre cohérence et compatibilité (ou consistance) effectuée par l'auteur d'Outre-Manche. Nous aurons à nous en expliquer le moment venu⁹⁸⁷. Qu'il suffise de remarquer dès à présent que nous ne retiendrons qu'une seule catégorie d'arguments de compatibilité englobant les arguments de cohérence du droit. Enfin, il est indéniable que l'un des principaux arguments du raisonnement juridique pratiqué par les magistrats français consiste à invoquer des précédents à l'appui de leurs conjectures. Il s'ensuit que nous consacrerons également une classe d'arguments à l'argument du précédent.

536. De cette annonce sommaire, il suit que, pour nous, il existe quatre grandes classes d'arguments, récurrents dans les raisonnements des magistrats. Il s'agit de l'argument du précédent, des arguments d'autorité, des arguments de compatibilité et des arguments conséquentialistes. Ces catégories constituent autant de points de vue pertinents sous l'angle desquels une solution possible à un problème de droit peut et même doit être évaluée. Nous les appellerons les « tests » de nos hypothèses juridiques. Ces tests sont donc au nombre de quatre : le test du précédent (Chapitre I), le test des autorités (Chapitre II), le test de compatibilité (Chapitre III) et le test des conséquences (Chapitre IV).

537. Que l'on nous comprenne bien. Nous entendons par tests des hypothèses juridiques *des arguments de contrôle régulièrement utilisés par les magistrats pour mettre à l'épreuve les solutions possibles aux problèmes de droit qui se posent à eux*. Ces tests constituent, en quelque sorte, les points de passage obligés du raisonnement juridique portant sur la résolution de problèmes de droit. Avant de les exposer en détail, nous nous permettons encore un certain nombre de remarques importantes relatives aux difficultés que l'analyste d'une argumentation est susceptible de rencontrer.

538. Les ouvrages de rhétorique n'y insistent pas assez. Décoder une argumentation est excessivement difficile⁹⁸⁸. Cette difficulté extrême nous semble tenir d'abord à la complexité de la pensée humaine. Celle-ci emprunte des chemins si variés, elle établit des liens si divers et si enchevêtrés qu'il peut paraître illusoire de vouloir la capter avec quelques

⁹⁸⁷ Sur ce point, v. *infra*, n° 685 ss. et n° 700 ss.

⁹⁸⁸ A cet égard on retiendra cette réponse de M. BRETON à la question « *comment concrètement convainc-t-on ?* » : « *Disons-le tout de suite, personne ne possède la clé d'une compréhension intégrale de ce qui restera probablement toujours un mystère* » (*L'argumentation dans la communication, op. cit.*, p. 39).

catégories d'arguments. En particulier, une argumentation ne consiste pas seulement à invoquer directement des raisons en faveur d'une opinion. D'une manière bien plus subtile, très souvent, *les arguments sont eux-mêmes argumentés*, en ce sens que les raisons invoquées à l'appui d'une opinion sont à leur tour justifiées par d'autres raisons. Pour compliquer un peu plus les choses, l'on rencontre également des arguments consistant en la réfutation de contre-arguments.

539. Cette complexité des argumentations met en lumière le fait que les argumentations ne se déroulent nullement de façon linéaire, comme des enchaînements, mais elles partent des points les plus divers pour converger vers l'établissement de la solution, encore qu'en cours de route, l'interprète puisse s'écarter de la progression vers son objectif pour construire des argumentations incidentes. On peut dire qu'*une argumentation tisse des liens dans tous les sens*. D'où la justesse de l'image perelmanienne comparant les argumentations à un « *tissu* »⁹⁸⁹. Une autre image qui nous semble également représentative du cheminement des argumentations serait celle d'un arbre où les différentes branches et ramifications représenteraient les diverses voies de l'argumentation progressant, néanmoins, vers l'établissement d'une solution, comme le branchage d'un arbre se rattache à son tronc.

540. Une autre difficulté – et non des moindres – dans l'analyse des argumentations provient de *l'implicite* dans le discours⁹⁹⁰. Nous voulons dire par là que les pensées des magistrats sont loin d'être toujours entièrement développées et explicitées. Il peut en résulter une hésitation sur la qualification des arguments utilisés puisqu'il appartient au lecteur de se livrer à des reconstructions plus ou moins incertaines.

541. Le décodage des argumentations se complique encore par le phénomène de *l'imbrication des arguments*. Celle-ci résulte du fait qu'avec les mêmes mots ou phrases il est possible de formuler simultanément plusieurs arguments. Prenons l'exemple d'une imbrication d'un argument conséquentialiste avec un argument d'autorité. En l'occurrence, ceux-ci servaient à réfuter une hypothèse d'interprétation large de la notion de « dettes

⁹⁸⁹ Ch. PERELMAN, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, op. cit., n° 68, p. 130 : « si l'argumentation, contrairement à la déduction, n'est pas perçue à la manière d'une chaîne, mais comme un **tissu**, on admettra plus facilement que la trame de celui-ci puisse être plus solide que chacun des fils qui entrent dans sa constitution » (nous soulignons).

⁹⁹⁰ Sur la notion de « sens implicite », v. *supra*, n° 209 et s.

connexes ». Mais peu importe ici le problème de droit substantiel. Tenons-nous en simplement à la forme des arguments utilisés par le Conseiller rapporteur⁹⁹¹ :

Je suis, pour ma part, réticent à admettre pareil élargissement de la notion de connexité. Il aboutit [voilà qui annonce l'argument conséquentialiste], en effet, selon la formule de MM. Pédamon et Carmet (D. 1976, Chron. p. 128) [c'est l'argument d'autorité] à « consacrer une connexité beaucoup plus diffuse que dans la conception classique ».

542. Un autre exemple d'imbrication nous est fourni par ce petit passage issu d'un arrêt célèbre de la Cour de justice des communautés européennes et que nous avons déjà rencontré au titre de « l'histoire de la supériorité des traités »⁹⁹². La Cour de Luxembourg y développa la conséquence qui aurait résulté de l'hypothèse de la supériorité hiérarchique du droit national sur le droit communautaire. Or, cette conséquence aurait abouti à une incompatibilité⁹⁹³ :

[L]a force exécutive du droit communautaire ne saurait, en effet, varier d'un État à l'autre à la faveur des législations internes ultérieures, sans mettre en péril la réalisation des buts du traité visée à l'article 5(2), ni provoquer une discrimination interdite par l'article 7.

543. En l'espèce nous dit la Cour, l'hypothèse de la supériorité du droit national sur le droit communautaire aurait pour conséquence de faire varier la force exécutive du droit communautaire d'un État-membre à l'autre. Or, cette variation serait incompatible avec les buts du traité et avec le principe de non discrimination. On le voit, les raisonnements en termes de conséquences et de compatibilité s'entremêlent inextricablement. Pour débrouiller ce type d'argumentation nous proposons, du moins quand cela est possible, de n'en retenir que le point le plus saillant. Ainsi, pour le passage ci-dessus, nous dirons que, l'argument d'incompatibilité prédomine. C'est que l'argument de conséquence n'est développé qu'en vue d'établir cette incompatibilité.

⁹⁹¹ H. LE DAUPHIN, rapport, Com., 14 mai 1996, *Société Rolex*, D. 1996.503, col. gauche.

⁹⁹² Cette « histoire » est tirée, entre autres, de CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, aff. 6/64, *Rec.* 1964.1179, concl. M. LAGRANGE. Pour le détail de cette « histoire », v. *supra*, n° 430.

⁹⁹³ *Arrêt préc.*, p. 1159

544. Cette approche, consistant à nous en tenir seulement aux points les plus saillants d'une argumentation, mérite d'être fortement soulignée. En effet, elle correspond à notre méthode générale d'analyse des argumentations de magistrats. Eu égard à toutes les difficultés de décryptage que nous venons de relever, nous n'avons pas cherché à descendre dans les moindres détails des raisonnements. D'autres que nous, tels les spécialistes de la rhétorique, les logiciens ou les psychologues, seront peut-être mieux placés pour effectuer un tel travail. D'une manière beaucoup plus schématique, nous avons cherché à saisir les argumentations par blocs, à en isoler les grandes directions, à en répertorier les points de passage récurrents. C'est ce grand découpage qui nous a conduit à ne retenir que quatre tests d'hypothèses juridiques. Par conséquent, c'est à ces quatre arguments de contrôle déterminants du raisonnement juridique que seront consacrés les pages de cette deuxième partie de thèse.

Nous commencerons par le test du précédent.

CHAPITRE I

LE TEST DU PRÉCÉDENT

545. Notre lecteur sera peut-être surpris de nous voir développer comme premier argument de contrôle de nos hypothèses juridiques un « test du précédent ». Le précédent ne fait-il pas partie de ces notions typiquement réservées à la méthodologie anglo-saxonne du droit, en sorte qu'il paraîtrait malheureux de s'en servir pour parler du raisonnement du juge français ? À la vérité, il n'en est rien, puisqu'un magistrat français, confronté à un problème de droit, se mettra toujours « *en quête d'un précédent* »⁹⁹⁴ lui permettant, le cas échéant, de répondre à la question de droit posée. De surcroît, pour peu qu'on y prête attention, le mot « précédent » est fréquemment utilisé dans le discours doctrinal des juristes français⁹⁹⁵. En bonne logique, il fait partie intégrante du vocabulaire juridique⁹⁹⁶.

546. Par ailleurs, parler d'une « méthode du précédent » en rapport avec le raisonnement des magistrats français, n'est nullement une idée saugrenue au regard des travaux effectués en droit comparé. En effet, en ce domaine, les auteurs ne doutent plus qu'il existe une « *puissante "convergence des tendances"* » entre les systèmes de droit civil et les systèmes de *common law* en ce qui concerne les méthodes et les techniques en usage dans ces deux types de systèmes⁹⁹⁷. La question est plutôt de savoir s'il existe encore du tout une

⁹⁹⁴ L'expression est empruntée à l'Avocat général CABANNES (conclusions, Ass. Plén., 15 avril 1988, « histoire des fresques », *D.* 1988.327, col. gauche).

⁹⁹⁵ Le mot « précédent » s'est infiltré jusque dans le « Rapport annuel » de la Cour de cassation, v. p. ex. les observations sous Civ. 1^{ère}, 11 janvier 2005, *R.* 2005. 217 : « *Le seul précédent datant de 1882 (Civ. 21.03.1882, D.P. 1883.61) n'était pas d'un grand secours [...]* ». On prendra également pour preuve les innombrables renvois aux « *précédents jurisprudentiels* » sous les arrêts publiés sur le site <http://www.legifrance.gouv.fr>. En ce sens, v. p. ex. sous Civ. 1^{ère}, 9 oct. 2001, (pourvoi n° 00-14564), la mention suivante : « *Précédents jurisprudentiels : A RAPPROCHER : (2°). Chambre civile 1, 1999-07-15, Bulletin 1999, I, n° 250, p. 161 (cassation), et l'arrêt cité. A RAPPROCHER : (4°). Chambre civile 1, 2000-03-21, Bulletin 2000, I, n° 97 (2), p. 65 (rejet)* ».

⁹⁹⁶ G. CORNU (sous la dir. de), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° « Précédent ».

⁹⁹⁷ M. CAPPELLETTI, « The doctrine of stare decisis and the civil law : a fundamental difference – or no difference at all ? », in *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*, Tübingen, H. BERNSTEIN, U. DROBNIG, H. KÖTZ (herausgegeben von), J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1981, p. 381. Adde, K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 3. Auflage, 1996, § 18, V, p. 265 (cet ouvrage existe en version anglaise, *Introduction to comparative law*, traduit de l'allemand par T.

différence notable ! Sans approfondir, remarquons simplement que la réponse donnée à cette question par les auteurs est variable. Si pour les uns « *en pratique une décision de la Cour de cassation ou du Bundesgerichtshof peut compter aujourd'hui sur autant de considération par les juridictions inférieures que celle rendue par une juridiction d'appel anglaise ou américaine* »⁹⁹⁸, pour les autres cette affirmation constituerait une « *exagération* »⁹⁹⁹. Quoiqu'il en soit, il nous semble remarquable que personne ne conteste le fait qu'une décision, rendue par une juridiction suprême d'Europe continentale, « *est un précédent pertinent (relevant) qui est plutôt susceptible d'être suivi par les juridictions inférieures* »¹⁰⁰⁰. Et rappelons cet aveu d'un conseiller de la Cour de cassation qui en dit long sur la pratique du précédent en droit français : « *Quand ils [les magistrats de la Cour de cassation] préparent un dossier, ils se réfèrent logiquement aux précédents, [...]; et, quand il n'y en a pas, ils cherchent à voir comment la question qui leur est posée s'articule, d'abord bien entendu avec le texte invoqué, mais aussi au regard de la jurisprudence portant sur des questions voisines, ou connexes* »¹⁰⁰¹.

547. Après avoir insisté sur cette convergence méthodologique des systèmes de *common law* et de *civil law*, nous ne nous cachons pas que le thème du précédent en droit français soulève de nombreuses et délicates questions qui mériteraient, sans doute, qu'on lui consacrat une thèse à lui tout seul. En particulier, il exigerait que l'on discutât sérieusement de la vieille question de savoir si la jurisprudence est ou n'est pas une source formelle du droit, ainsi que peut-être du concept même de source formelle¹⁰⁰². De même, il conviendrait, sans

WEIR, Oxford, Clarendon press, 3rd rev. ed., 1998) ; D. TALLON, « Précédent », in *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 1185.

⁹⁹⁸ K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, *op. cit.*, § 18, II, p. 256. Les auteurs écrivent également que « *ce n'est probablement pas une exagération lorsqu'on dit que la doctrine du stare decisis de la common law et la pratique correspondante des tribunaux continentaux conduisent largement aux mêmes résultats : "la différence pratique... doit être recherchée à la loupe" (ainsi Rabel in Rabelsz 16 [1951] 340, 345 [...])* ».

⁹⁹⁹ M. CAPPELLETTI, « The doctrine of stare decisis and the civil law : a fundamental difference – or no difference at all ? », *art. préc.*, p. 382.

¹⁰⁰⁰ *Ibid.*, p. 392. L'auteur conclut son article par la phrase suivante : « *Stare decisis is still an important difference, even though admittedly, a diminishing one* » (p. 393). M. TALLON pense que les différences entre les deux systèmes « *sont donc plus dans les nuances que dans une opposition fondamentale* » (« Précédent », *art. préc.*, p. 1187, col. gauche).

¹⁰⁰¹ Y. CHARTIER, rapport sur « Les revirements de jurisprudence à la Cour de cassation », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, Paris, La documentation française, 1994, p. 149.

¹⁰⁰² Sur cette question, v. déjà F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, t. 2, *op. cit.*, n° 146, p. 35.

doute, de prendre part au débat très actuel concernant « *l'opportunité d'instaurer, dans notre système juridique, un droit transitoire des revirements de jurisprudence* » pour lutter contre l'effet rétroactif de ceux-ci¹⁰⁰³. Mais les contraintes de temps et d'espace nous obligent de nous en tenir à l'essentiel. Or, pour notre démonstration, il n'est nullement nécessaire de traiter à fond le sujet du précédent en droit français. Il nous faut simplement établir le fait que les magistrats français raisonnent couramment en termes de précédent. Nous en apporterons la preuve dans une section consacrée à la pratique du précédent (Section II). Auparavant, toutefois, nous tenterons d'en cerner quelque peu la notion (Section I).

SECTION I LA NOTION DE PRÉCÉDENT

548. Dans une première approche, le mot « précédent » signifie « *décision antérieure prise comme référence* »¹⁰⁰⁴. Plus précisément, quand une décision est à prendre, le précédent est une « *solution déjà adoptée par le passé dans une affaire ou des circonstances semblables* »¹⁰⁰⁵. Il va sans dire que, dans ce travail, consacré au raisonnement des magistrats, nous ne nous intéresserons qu'aux « précédents jurisprudentiels » et non aux « précédents administratifs »¹⁰⁰⁶. Or, afin d'éclairer d'avantage cette notion de précédent jurisprudentiel, nous en examinerons d'abord le fondement (§ I), puis nous en esquisserons un tant soit peu le régime juridique (§ II). Enfin, nous nous permettrons quelques remarques générales sur le raisonnement en termes de précédents (§ III).

¹⁰⁰³ N. MOLFESSIS (groupe de travail présidé par), *Rapport sur les revirements de jurisprudence*, Litec, 2004, 1.1.1., p. 3. Adde, C. MOULY, rapport sur « Les revirements de la jurisprudence de la Cour de cassation », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, p. 123.

¹⁰⁰⁴ G. CORNU (sous la dir. de), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Précédent ».

¹⁰⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁰⁶ Sur cette distinction, v. *ibid.* ; mais surtout, T. SAUVEL, « Essai sur la notion de précédent », *D. chr.* 1955, n° V, p. 96.

§ I – LE FONDEMENT DU PRÉCÉDENT

549. Comme d'autres l'ont déjà remarqué avant nous, il suffit de jeter un coup d'œil sur les conclusions ou avis des Avocats généraux, Procureurs généraux ou Conseillers rapporteurs « *pour voir combien est courante et importante en France la pratique de citer la jurisprudence* »¹⁰⁰⁷. En voici un exemple, emprunté au thème des libéralités entre concubins adultérins et, plus précisément, à celui de leur conformité ou non à la notion de « bonnes mœurs ». Cette problématique faisait naître, entre autres, deux hypothèses juridiques que l'on peut formuler comme suit¹⁰⁰⁸ :

- *les libéralités entre concubins adultérins sont conformes aux bonnes mœurs ;*
- *les libéralités entre concubins adultérins ne sont pas conformes aux bonnes mœurs.*

550. En l'occurrence, le Conseiller référendaire établissait l'hypothèse de la conformité aux bonnes mœurs, en alignant un certain nombre d'arrêts allant en ce sens¹⁰⁰⁹ :

Les libéralités que des concubins se consentent sont [...], en principe, valables, et ce, même si le concubinage est adultérin. Et c'est seulement si la cause de la libéralité est illicite qu'elle sera annulée (Cass. Req., 28 mars 1890, DP 1860,1, p. 255 ; 8 juin 1926, D. 1927, p. 113, note R. Savatier : « Mais attendu que le seul fait que l'auteur d'une libéralité entretiendrait avec la bénéficiaire de la disposition des relations illicites et même adultères ne suffit pas pour invalider l'acte ; que celui-ci n'est frappé de nullité que s'il a eu pour cause soit la formation, la continuation ou la reprise des rapport immoraux, soit leur rémunération »). Si la cause n'est pas illicite, la libéralité est valable.

¹⁰⁰⁷ R. DAVID, *Le droit français*, t. 1, *Les données fondamentales du droit français*, Paris, LGDJ, Les systèmes de droit contemporains, 1960, p. 163.

¹⁰⁰⁸ Il est vrai, qu'en l'espèce, la réponse à la question de savoir si les libéralités entre concubins adultérins étaient, du moins en principe, valables, ne faisait aucun doute. Le vrai problème était ailleurs (v. *infra*, n°). Dès lors, puisque le thème de la validité de principe des libéralités n'a pas été problématisé, il peut paraître artificiel d'introduire dans notre analyse du rapport du Conseiller rapporteur la notion d'hypothèse. De fait, le problème était résolu depuis longtemps, en sorte qu'il n'était plus nécessaire d'imaginer des réponses possibles (des hypothèses) à tester. Il reste que la présentation que nous adoptons est très commode, parce qu'elle permet d'illustrer avec un exemple très simple une pratique extrêmement courante dans le raisonnement des magistrats.

¹⁰⁰⁹ X. SAVATIER, rapport, Civ. 1^{ère}, 3 févr. 1999, D. 1999.267, col. droite.

Selon cette jurisprudence classique, le caractère adultérin n'est donc pas le critère de l'illicéité de la libéralité.

Ainsi, vous avez rejeté des pourvois formés contre des arrêts qui avaient déclaré valables des libéralités consenties par des hommes à leur maîtresses adultérines (**Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 1980**, Bull. civ. I, n° 269 ; **4 nov. 1982**, Bull. I, n° 319). Le motif du dernier de ces arrêts est le suivant : « Mais attendu que les libéralités entre concubins ne sont frappés de nullité que si elles ont pour cause impulsive et déterminante la formation, le maintien ou la reprise de relations immorales ; que les juges du fond disposent du pouvoir souverain d'appréciation de l'existence d'une telle cause immorale ».

551. En l'espèce, quatre arrêts viennent corroborer l'hypothèse de la validité de principe des libéralités entre concubins adultérins¹⁰¹⁰. Voici donc la question que nous nous posons : dans la mesure où aucune règle ne semble l'ordonner¹⁰¹¹, d'où vient donc cette pratique de nos juges consistant à invoquer les mêmes motifs dans des cas semblables¹⁰¹² ? Plusieurs raisons peuvent être avancées.

552. On a d'abord pu remarquer que le fait pour un juge de se conformer aux précédents se justifiait par « *la bonne organisation de son travail et le principe, partout applicable, de l'économie des forces* »¹⁰¹³. Cette rationalité dans la dépense d'efforts n'empêche nullement le magistrat d'étudier consciencieusement les questions nouvelles quand elles se présentent à lui. Mais une fois leur solution acquise, il semble raisonnable de s'y reporter à nouveau quand la même question revient à se présenter ultérieurement. Du coup, l'on gagne du temps pour étudier d'autres dossiers.

¹⁰¹⁰ Il est tout à fait exact que le vrai problème dans cette affaire ne portait pas sur la question de savoir si les libéralités entre concubins adultérins étaient valables, puisque le principe en était fermement établi. La difficulté était bien plutôt de déterminer s'« *il est contraire aux bonnes mœurs de tester en faveur de celui ou de celle avec laquelle on vit pour **maintenir** une relation encore récente* » (*ibid.*) (nous soulignons). Cette précision ne remet nullement en cause, toutefois, que des précédents sont d'abord invoqués au soutien de la position de principe suivant laquelle les libéralités entre concubins, même adultérins, sont valables.

¹⁰¹¹ T. SAUVEL, « Essai sur la notion de précédent », *art. préc.*, n° I, p. 93, col. droite.

¹⁰¹² Un autre exemple édifiant de cette pratique nous est fourni, par exemple, par le rapport du Conseiller BIZOT devant l'Assemblée plénière pour un arrêt du 29 octobre 2004 (le rapport est publié sur le site <http://www.courdecassation.fr> ; l'arrêt lui-même est publié au *D.* 2004.3175, note D. VIGNEAU). En dressant un « *tableau de jurisprudence* » sur la contrariété ou non aux « bonnes mœurs » des libéralités entre concubins, le Conseiller ne cite pas moins de cinquante arrêts de la Cour de cassation et de diverses Cour d'appel !

¹⁰¹³ T. SAUVEL, « Essai sur la notion de précédent », *art. préc.*, n° IV, p. 95, col. droite. *Adde*, R. DAVID, *Le droit français*, t. 1, *Les données fondamentales du droit français*, *op. cit.*, p. 163.

553. Dans le même sens, mais d'une manière plus générale, on avance également « *un penchant naturel* »¹⁰¹⁴ à suivre l'exemple, un « *principe d'inertie* » suivant lequel « *nous trouvons raisonnable de réagir de la même façon qu'antérieurement, dans des situations analogues, si nous n'avons pas eu à le regretter* »¹⁰¹⁵.

554. La pratique de suivre les précédents peut encore se comprendre comme une manière pour le juge de partager « *une responsabilité, parfois lourde à assumer, [...] avec d'autres juges* »¹⁰¹⁶. De plus, elle permet de consolider des pratiques qui se sont fondées sur une certaine interprétation de la loi donnée précédemment¹⁰¹⁷. De fait, il semble bien que l'idée même de permanence de la loi, reconnue comme l'une de ses caractéristiques, implique celle d'une permanence de la jurisprudence, faute de quoi la première ne serait qu'une illusion¹⁰¹⁸. Comme l'écrivent MM. BORÉ, « *l'unité de jurisprudence est [...] le corollaire indispensable de l'unité de législation* »¹⁰¹⁹. Cette considération nous amène à la raison, selon nous, fondamentale de suivre les précédents.

555. En respectant les précédents, le juge ne fait que se conformer au *principe d'égalité devant la loi* qui commande de traiter de la même façon des cas d'espèce semblables¹⁰²⁰. On l'aura remarqué, le principe d'égalité devant la loi rejoint ce que PERELMAN appelait la « *règle de justice formelle* »¹⁰²¹ suivant laquelle « *les êtres d'une même catégorie essentielle doivent être traités de la même manière* »¹⁰²². Autrement formulée,

¹⁰¹⁴ R. DAVID, *Le droit français*, t. 1, *Les données fondamentales du droit français*, op. cit., p. 163 ; F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, op. cit., n° 352, p. 277.

¹⁰¹⁵ Ch. PERELMAN, *L'empire de la rhétorique*, op. cit., p. 81 ; Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, op. cit., § 52, p. 294.

¹⁰¹⁶ R. DAVID, *Le droit français*, t. 1, *Les données fondamentales du droit français*, op. cit., p. 163.

¹⁰¹⁷ *Ibid.*

¹⁰¹⁸ En ce sens, v. T. SAUVEL, « *Essai sur la notion de précédent* », *art. préc.*, n° II, p. 94, col. droite : « *Le législateur ayant, pourrait-on dire, immobilisé, stabilisé sa volonté pour un temps [dans un texte de loi], le juge est conduit à en faire autant* ».

¹⁰¹⁹ J. BORÉ, L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, op. cit., n° 01.22.

¹⁰²⁰ En ce sens, v. Ch. LEBEN, « *Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi* », *R.D.P.* 1982.319 ; D. BERTHIAU, *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1999, n° 87, p. 45.

¹⁰²¹ Ch. LEBEN, « *Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi* », *art. préc.*, pp. 301 et 319.

¹⁰²² Ch. PERELMAN, *Justice et raison*, Bruxelles, Presses universitaires de Bruxelles, 1963, p. 26 (en italique dans le texte). Sur cette règle de justice, v. *supra*, n° 103 et s.

cette règle « exige l'application d'un traitement identique à des êtres ou à des situations que l'on intègre à une même catégorie »¹⁰²³. Le principe d'égalité devant la loi aussi bien que la règle de justice formelle appellent donc à respecter les précédents¹⁰²⁴.

556. Enfin, en ce qui concerne plus spécifiquement la Cour de cassation, le respect du précédent est la condition même de l'accomplissement de sa mission essentielle : assurer l'uniformité d'interprétation de la loi¹⁰²⁵. Si la Cour de cassation ne respectait pas ses propres précédents, elle commettrait elle-même ce qu'elle est précisément censée prévenir dans le chef des cours et des tribunaux, savoir « le scandale des décisions contradictoires »¹⁰²⁶. Et à bien y regarder, le contrôle de l'unité de la jurisprudence, n'est rien d'autre qu'un moyen d'assurer, encore une fois, l'égalité de tous les citoyens devant la loi¹⁰²⁷.

557. De toutes les raisons que nous venons d'indiquer, il résulte qu'en principe la Cour de cassation « suivra le précédent par elle établi, même s'il s'agit d'un arrêt unique par elle rendu en la matière »¹⁰²⁸. C'est qu'un seul arrêt peut faire jurisprudence¹⁰²⁹. Mais de ce que la Cour de cassation suivra en règle générale ses propres précédents, il n'en résultera pas pour autant qu'elle est obligée de le faire. Elle pourra toujours opérer un revirement de jurisprudence. Nous y reviendrons en esquisant le régime juridique du précédent.

¹⁰²³ Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, op. cit., § 52, p. 294.

¹⁰²⁴ En ce sens, v. Ch. PERELMAN, *L'empire de la rhétorique, Rhétorique et argumentation*, Paris, Vrin, col. Bibliothèque des textes philosophiques, 3^{ème} tirage, 1997, p. 81 : « Le fait de suivre des précédents, en l'absence de raisons importantes pour s'en écarter, n'est qu'une application de cette règle de justice » ; N. MACCORMICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, op. cit., p. 86 : « Il est banal de faire observer que la justice formelle fournit une bonne raison d'observer les précédents » ; T. SAUVEL, « Essai sur la notion de précédent », *art. préc.*, n° II, p. 95, col. droite : « Le juge, en s'y conformant [au précédent], obéit tout d'abord à un indispensable souci d'égalité. Il s'agit de traiter de la même façon des cas semblables. Non que l'égalité, envisagée seule, puisse jamais être la justice, mais parce que sans elle la justice ne conçoit pas ».

¹⁰²⁵ En ce sens, v. J. BORÉ, L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, op. cit., n° 01.22 et 60.01. A cette mission essentielle s'ajoute une fonction supplémentaire, celle du contrôle de la suffisance des motivations, puisque la motivation en fait doit être suffisamment développée pour vérifier si les qualifications opérées par les juges du fond sont exactes (*ibid.*).

¹⁰²⁶ *Ibid.*, n° 2.

¹⁰²⁷ En ce sens, v. *ibid.* : « L'égalité de tous les citoyens devant la loi, que la Constitution française garantit, ne peut être une réalité que si cette unité d'application et d'interprétation de la loi est assurée par une juridiction nationale unique [...] ».

¹⁰²⁸ R. DAVID, *Le droit français*, t. 1, *Les données fondamentales du droit français*, op. cit., p. 164.

¹⁰²⁹ J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, n° 142, p. 269.

§ 2 – ESQUISSE DU RÉGIME JURIDIQUE DU PRÉCÉDENT

558. Dans les lignes qui suivent, nous essaierons de répertorier un certain nombre de règles gouvernant le précédent en droit français. Parmi celles-ci, l'article 5 du Code civil est, assurément, la pièce maîtresse. D'après ce texte, « *il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* ». Cet article pose la fameuse prohibition des arrêts de règlement qui implique, pour le droit français, le rejet du caractère obligatoire du précédent. En effet, l'article 5 du Code civil signifie qu'il est interdit « *de conférer à l'énoncé abstrait d'une proposition de droit [énoncée dans la décision juridictionnelle] une valeur permanente et générale, liant pour l'avenir le juge qui la formule ainsi que les juridictions inférieures qui dépendent de lui* »¹⁰³⁰. En bref, « *le juge français n'est jamais obligé, en droit, à suivre un précédent* »¹⁰³¹. Par conséquent, point de *binding precedent* ou de *stare decisis* en droit français !

559. Cette interdiction des arrêts de règlement avec son corollaire du caractère non obligatoire des précédents, furent-ils l'œuvre de la Cour de cassation, produisent plusieurs conséquences. D'une part, « *pour motiver sa décision, le juge ne peut se borner à se référer à une décision antérieure, intervenue dans une autre cause* »¹⁰³². Une telle pratique consistant à justifier la décision actuelle par la *seule* référence à une décision antérieure, qu'elle émane de la même juridiction ou d'une juridiction différente, sera sanctionnée par la Cour de cassation au titre d'un défaut de motif (absence de motivation) ou d'un manque de base légale (insuffisance de motivation). Dans le même sens, dans le texte de ses arrêts, la Cour de cassation refuse de se référer à sa propre jurisprudence pour motiver ses décisions¹⁰³³ et la

¹⁰³⁰ P. HÉBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », in *Mélanges offerts à P. COUZINET*, Toulouse, 1974, p. 339. Adde, A. SÉRIAUX, « Le juge au miroir, L'article 5 du Code civil et l'ordre juridictionnel français contemporain », in *Mélanges Christian Mouly*, t. 1, Paris, Litec, 1998, p. 174 : d'après les rédacteurs du Code, le législateur « *seul était en droit de statuer par voie de disposition générale (pour tous) et réglementaire (pour toujours, jusqu'à nouvel ordre)* ». Adde, R. LIBCHABER, « Les articles 4 et 5 du Code civil ou les devoirs contradictoires du juge », in *Le titre préliminaire du Code civil*, FAURE (G.) et KOUBI (G.) (sous la direction de), Paris, Economica, 2003, p. 143.

¹⁰³¹ R. DAVID, *Le droit français*, t. 1, *Les données fondamentales du droit français*, op. cit., p. 164.

¹⁰³² Civ. 2^{ème}, 2 avril 1997, *Bull. civ.* II n° 157. Adde, les références citées par J. BORÉ, L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, op. cit., n° 77.65.

¹⁰³³ R. DAVID, *Le droit français*, t. 1, *Les données fondamentales du droit français*, op. cit., p. 161. Il est exact que la Cour de cassation s'est récemment référé à sa propre « *jurisprudence constante* » pour soutenir que la

violation de la jurisprudence de la Cour suprême n'est pas un cas d'ouverture à cassation¹⁰³⁴. Cela dit, il ne faudrait pas se méprendre sur la portée de cette interdiction de motiver par référence à des décisions antérieures. La référence aux précédents n'est nullement « *prohibée* en soi »¹⁰³⁵. La référence est admise quand elle n'est qu'un élément d'appréciation parmi d'autres « *s'intégrant dans une motivation plus ample* »¹⁰³⁶. De même, elle est valable à la double condition de « *rappeler les motifs* » de la décision antérieure et de « *constater en fait l'analogie des situations* » justifiant l'application du précédent à l'espèce¹⁰³⁷.

560. D'autre part, comme aucun précédent n'est jamais obligatoire à l'égard de tous et pour l'avenir, il ne saurait « *créer] le moindre droit pour ceux qui n'étaient pas parties au procès* »¹⁰³⁸. Cette affirmation, empruntée à un auteur, vient d'être récemment consacrée par la Cour de cassation déclarant que « *nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée* »¹⁰³⁹. En l'espèce, il découlait de ce brocard fraîchement imaginé que l'appréciation du comportement d'un médecin en l'année 1974 devait être effectuée suivant une jurisprudence de l'année 1998. Or, cette jurisprudence avait considérablement renforcé l'obligation d'information du médecin envers le patient en exigeant une information bien plus détaillée que celle exigée à l'époque des faits. Autrement dit, motif pris de l'absence « d'un droit acquis à une jurisprudence figée »¹⁰⁴⁰ par le médecin en l'année 1974, la Cour de

notion de « *bref délai* » de l'article 1648 du Code civil était « *d'application simple* » et donc conforme à l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (Civ. 1^{ère}, 21 mars 2000, D. 2000.593, note ATIAS). Mais, il ne semble pas que la Cour de cassation se soit ici référée à sa propre jurisprudence comme source de la règle de droit destinée à justifier la solution. D'une manière beaucoup plus limitée, « *elle s'y réfère pour expliquer comment la notion de "bref délai" reçoit un sens clair et relativement précis, le moyen par lequel la notion cadre se trouve remplie de son sens de façon cohérente* » (F. POLLAUD-DULIAN, « A propos de la sécurité juridique », RTDciv. 2001.498).

¹⁰³⁴ J. BORÉ, L. BORÉ, *La cassation en matière civile, op. cit.*, n° 61.50.

¹⁰³⁵ *Ibid.*, n° 77.65.

¹⁰³⁶ *Ibid.*, n° 77.71 (déjà en italique dans le texte).

¹⁰³⁷ *Ibid.*, n° 77.66 (déjà en italique dans le texte).

¹⁰³⁸ T. SAUVEL, « Essai sur la notion de précédent », *art. préc.*, n° II, p. 94, col. droite.

¹⁰³⁹ Civ. 1^{ère} 9 oct. 2001, D. 2001.3740, rapp. SARGOS, note THOUVENIN ; RTDciv. 2002.176, obs. R. LIBCHABER. Dans le même sens, v. Civ. 1^{ère}, 21 mars 2000, D. 2000.593, note C. ATIAS ; RTDciv. 2000.592, obs. P.-Y. GAUTIER ; *ibid.*, p. 666, obs. N. MOLFESSIS ; Civ. 3^{ème}, 2 oct. 2002, D. 2003.513, note C. ATIAS ; Soc., 7 janv. 2003 (inédit titré, pourvoi n° 00-46476), <http://www.legifrance.gouv.fr>.

¹⁰⁴⁰ La formule ci-dessus ne manque pas d'être imprécise, parce que le médecin demandait simplement que sa responsabilité soit appréciée à l'aune des critères en vigueur à l'époque des faits. Il ne réclamait donc nullement « un droit à une jurisprudence figée » qui lui « *aurait en réalité permis de se comporter pour l'avenir comme si les évolutions de la jurisprudence n'existaient pas* » (R. LIBCHABER, *obs. préc.*, p. 177, col. droite).

cassation a été amenée, en 2001, à imposer un critère d'appréciation qui n'a été forgé que vingt-cinq années après les faits. Ce cas d'espèce, illustre de manière éclatante le phénomène de la rétroactivité inhérente aux revirements de jurisprudence.

561. Il suit également du caractère non obligatoire du précédent que les juges du fond n'ont pas d'obligation de suivre les précédents de la Cour de cassation. Cette solution résulte d'ailleurs plus ou moins implicitement de l'article L. 431-4, alinéa 2, du Code de l'organisation judiciaire disposant que « *lorsque le renvoi est ordonné par l'assemblée plénière, la juridiction de renvoi doit se conformer à la décision de cette assemblée sur les points de droit jugés par celle-ci* »¹⁰⁴¹. *A contrario*, on en déduira que lorsque l'une des autres formations de la Haute juridiction casse une décision, alors la juridiction de renvoi n'est pas obligée de se conformer à l'arrêt de celle-ci. Par conséquent, il est permis aux juges du fond de se « rebeller » ou d'entrer en « résistance » contre les arrêts de la Cour de cassation¹⁰⁴². De plus, si l'arrêt d'Assemblée plénière s'impose à la seconde juridiction de renvoi, celui-ci ne saurait avoir l'autorité d'un arrêt de règlement, c'est-à-dire d'un précédent obligatoire. Du moins en théorie, les normes énoncées dans les arrêts d'Assemblée plénière ne possèdent pas plus de force obligatoire que les principes énoncés dans n'importe quel autre jugement ou arrêt¹⁰⁴³.

¹⁰⁴¹ L'article 431-4 al. 2 C.O.J. résulte de l'ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006 portant refonte du code de l'organisation judiciaire et modifiant le code de commerce, le code rural et le code de procédure pénale (partie Législative). Cependant, cette disposition reprend exactement les termes de l'article 131-4 al. 2 qu'il vient remplacer. Rappelons également que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation peut être saisie dans deux cas de figure. Elle peut l'être d'abord quand, après une première cassation, la juridiction de renvoi ne s'est conformée à l'arrêt de cassation et que la décision de la juridiction de renvoi fait alors l'objet d'un nouveau pourvoi fondé sur les mêmes moyens (art. L. 431-6 remplaçant l'art. L. 131-2 al. 2). Ensuite, la Cour de cassation peut encore être directement saisie, sans qu'il soit besoin de passer par une première cassation. Mais, il faut alors que l'affaire pose « *une question de principe* » (*ibid.*). Ce renvoi direct devant l'Assemblée plénière peut être décidé soit par le premier président, soit par la chambre d'abord saisie, soit par le procureur général (art. L. 431-7 remplaçant l'art. L. 131-3).

¹⁰⁴² L'évolution postérieure à l'« histoire du forçat » (Ch. Réunies, 24 avril 1862, *Berthon*, *GACIV* N° 29, v. *supra*, n° 188) fut marquée par un siècle de « *résistance des juridictions du fond* » comme nous le rappellent les annotateurs de l'arrêt (*ibid.*, p. 141).

¹⁰⁴³ En ce sens, v. p. ex. F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, n° 112, p. 104 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, *op. cit.*, n° 144, p. 273. CARBONNIER explique que l'autorité d'un arrêt, même issu de l'Assemblée plénière, ne saurait avoir qu'une *autorité relative* conformément à l'article 1351 du Code civil. Mais on a également remarqué que l'autorité relative de la chose jugée ne concerne pas la règle générale et abstraite énoncée dans la décision, mais seulement « *la situation concrète sur laquelle la décision juridictionnelle s'est prononcée* » (P. HÉBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », *art. préc.*, n° 5, p. 336). Cette dernière analyse nous paraît exacte, parce que l'autorité des principes énoncés dans les décisions juridictionnelles ne semble nullement affectée par le fait que la décision ait une autorité relative ou une autorité absolue. L'on sait que toutes les décisions n'ont pas qu'une autorité relative. C'est, par exemple, le cas des décisions administratives rendues sur un recours pour excès de pouvoir, des décisions rendues en matière pénale ou des jugements constitutifs tels les jugements de divorce (en ce sens, v. F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, n° 751 et 752, pp. 581-582). Or, que la règle jurisprudentielle figure dans une décision dotée d'une

562. Enfin, il suit du caractère non contraignant des précédents judiciaires que tout tribunal pourra toujours se déjuger à l'avenir. Par conséquent, même la Cour de cassation pourra opérer des revirements de jurisprudence, encore qu'« *elle ne le fera pas volontiers* »¹⁰⁴⁴.

Passons, enfin, à l'examen du raisonnement en termes de précédents. Celui-ci nous permettra d'en redéfinir la notion.

§ 3 – LE RAISONNEMENT EN TERMES DE PRÉCÉDENTS

563. Ainsi que nous l'avons déjà souligné, *il ne résulte absolument pas du fait que les précédents français n'ont pas de force obligatoire, que les magistrats français ne raisonnent pas en termes de précédents*. Il suit de ce constat empirique qu'il convient de bien dissocier deux problématiques distinctes : celle du raisonnement, d'une part, et celle du caractère obligatoire des précédents, d'autre part. Dorénavant, dans les pages qui suivront, nous ne nous intéresserons plus qu'au raisonnement. Mais avant de le scruter, une remarque nous reste à faire.

564. Souvent, au cours de la description de la mise à l'épreuve des hypothèses juridiques, nous comparerons le raisonnement du juge français, à celui du juge anglais et communautaire. Or, nous ne ferons pas cette comparaison concernant le test du précédent. La raison en est que cette comparaison nous a paru trop complexe à réaliser, compte tenu de la place que nous assignons au thème du précédent dans notre travail. Notre sentiment est, en effet, qu'il existe une différence considérable entre la méthode du précédent en droit français et la méthode du précédent en droit anglais. Et, ce sentiment se trouve être corroboré par l'opinion des spécialistes du droit comparé. En effet, nous dit-on, « *quand un juge peut extraire une règle d'un ou de plusieurs arrêts de cours suprêmes dont il pense qu'elle est*

autorité absolue ou dans une décision assortie simplement d'une autorité relative, ne semble pas du tout affecter l'autorité de la norme prétorienne (en ce sens, v. P. HÉBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », *art. précit.*, n° 5, p. 336). Il semble donc qu'il faille distinguer entre, d'une part, l'autorité relative ou absolue des décisions et, d'autre part, l'autorité des normes qu'elles énoncent.

¹⁰⁴⁴ R. DAVID, *Le droit français*, t. 1, *Les données fondamentales du droit français*, *op. cit.*, p. 164.

applicable au cas d'espèce à juger, alors il suivra – en Allemagne pas autrement qu'en Angleterre ou en France – ces décisions ainsi que la règle qu'elles matérialisent. Bien sûr, pour suivre une règle, le juge doit d'abord l'avoir extraite des éléments du cas d'espèce (Fallmaterial) ; et c'est dans la méthode d'extraction de telles règles que même aujourd'hui il existe encore des différences considérables entre common law et civil law »¹⁰⁴⁵.

565. Voyons d'abord, d'une manière tout à fait générale, la méthode du précédent mise en œuvre par le juge anglais¹⁰⁴⁶. Comme le juge français, le juge anglais doit trancher le litige en vertu de la règle de droit qui lui est applicable¹⁰⁴⁷. Mais puisque le droit anglais demeure « *même aujourd'hui* » essentiellement de source jurisprudentielle¹⁰⁴⁸, le magistrat devra aller chercher cette règle de droit dans le ou, le plus souvent, les précédents qui lui sont soumis par les parties. C'est dans cette quête de la règle de droit applicable au cas d'espèce à juger que le magistrat britannique sera obligé, en vertu de la règle du *binding precedent*, de déterminer la *ratio decidendi* justifiant la ou les précédents avancés¹⁰⁴⁹.

566. Dans cette quête de la *ratio decidendi* le juge anglais devra « *rechercher une règle de droit capable d'harmoniser, de réconcilier la pluralité de décisions qu'il aura à examiner* »¹⁰⁵⁰. Bien qu'il n'existe pas de définition officielle de ce qu'est la *ratio decidendi* d'un précédent¹⁰⁵¹, nous retiendrons, sans approfondir, qu'il s'agit du « *raisonnement*

¹⁰⁴⁵ K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, op. cit., § 18, II, p. 257.

¹⁰⁴⁶ Sur le précédent en droit anglais, v. p. ex., C. JAUFFRET SPINOSI, « Comment juge le juge anglais ? », *Droits* 1989.57 ; J.-A. JOLOWICZ, « La jurisprudence en droit anglais : aperçu sur la règle du précédent », *A.P.D.* 1985.105 ; du même auteur, *Droit anglais*, Paris, Dalloz, Précis, 2^{ème} éd., 1991, n° 53 et s., pp. 42 et s. ; D. TALON, « Précédent », *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., p. 1185 ; I. TAMMELLO, « La “ratio decidendi” et la règle de droit », in *La règle de droit*, Ch. PERELMAN (études publiées par), Bruxelles, Bruylant, Travaux du centre national de recherches de logique, 1971, p. 123 ; R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOZI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, op. cit., n° 287 et s., pp. 281 et s. ; R. CROSS, J. W. HARRIS, *Precedent in english law*, Oxford, Calrendon Press, 4th ed., 1991 (c'est cet ouvrage qui constitue la référence en la matière) ; N. MACCORMICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, op. cit., pp. 96 et s. ; S. ASKEY, I. MCLEOD, *Studying the law*, Hampshire, New York, Palgrave Macmillan, 2006, pp. 94 et s.

¹⁰⁴⁷ C. JAUFFRET SPINOSI, « Comment juge le juge anglais ? », *art. préc.*, pp. 57 et 59.

¹⁰⁴⁸ J.-A. JOLOWICZ, « La jurisprudence en droit anglais : aperçu sur la règle du précédent », *art. préc.*, p. 105. L'auteur souligne que les interventions du législateur deviennent de plus en plus importantes dans le droit anglais contemporain.

¹⁰⁴⁹ C. JAUFFRET SPINOSI, « Comment juge le juge anglais ? », *art. préc.*, p. 58.

¹⁰⁵⁰ J.-A. JOLOWICZ, « La jurisprudence en droit anglais : aperçu sur la règle du précédent », *art. préc.*, p. 111.

¹⁰⁵¹ En ce sens, v. N. MACCORMICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, op. cit., p. 96 ; I. TAMMELLO, « La “ratio decidendi” et la règle de droit », in *La règle de droit*, Ch. PERELMAN (études publiées par), Bruxelles, Bruylant, Travaux du centre national de recherches de logique, 1971, p. 124 : « *C'est un*

essentiel de la décision »¹⁰⁵² ou de la « règle de droit jurisprudentielle »¹⁰⁵³ apte à justifier la solution concrète obtenue dans les litiges antérieurs. Or, cette *ratio* ne se confond pas avec la formulation explicite de la règle de droit qu'avaient retenue les prédécesseurs du juge dans les cas précédents. Cette formulation antérieure n'est jamais que « provisoire »¹⁰⁵⁴. Elle sera donc toujours susceptible d'être reformulée par les successeurs.

567. La détermination de la *ratio decidendi* des cas précédents, qui seule est obligatoire, contraint le juge anglais à la distinguer de tout ce qui est *obiter dictum*. Or, « l'*obiter dictum* est cette incidente ajoutée dans un raisonnement, inutile à la solution mais instructive sur la position que le rédacteur tiendrait dans un autre cas »¹⁰⁵⁵. L'*obiter dictum* est donc une « remarque faite en passant, sans qu'elle ait de conséquence dans l'arrêt qui la contient »¹⁰⁵⁶. Il n'a d'autorité que persuasive et non contraignante. Et même après avoir dissocié les *obiter dicta* de la *ratio decidendi*, le juge britannique pourra encore échapper au précédent obligatoire en se livrant au *distinguishing*. À ce titre, il distinguera les faits déterminants (*material facts*) qui fondaient la solution du précédent, de ceux de l'espèce présente. S'il estime qu'ils se distinguent par une « différence capitale », le juge pourra appliquer une règle de droit différente au cas d'espèce qui lui est soumis¹⁰⁵⁷. L'avantage de la théorie des distinctions est qu'elle permet d'éviter « la cristallisation du droit » tout en lui permettant « d'évoluer [...] graduellement »¹⁰⁵⁸.

568. Cette méthode anglaise du précédent, nous paraît bien distincte de la méthode française. Certes, rien n'interdit au juge français de comparer les faits du cas à juger avec

fait consternant de la réalité juridique anglo-saxonne que – bien qu'on ne sache pas vraiment ce qu'est la ratio decidendi et comment la règle qu'elle est censée exprimer peut être dégagée dans les cas d'espèce – le raisonnement juridique des magistrats anglo-saxons est axé essentiellement sur cette règle, de telle sorte que celle-ci se trouve élaborée, déclarée et appliquée sans que l'on sache exactement comment ».

¹⁰⁵² J.-A. JOLOWICZ, « La jurisprudence en droit anglais : aperçu sur la règle du précédent », *art. préc.*, p. 109 ; du même auteur, *Droit anglais, op. cit.*, n° 55, p. 43.

¹⁰⁵³ R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOZI, *Les grands systèmes de droit contemporains, op. cit.*, n° 290, p. 283.

¹⁰⁵⁴ J.-A. JOLOWICZ, « La jurisprudence en droit anglais : aperçu sur la règle du précédent », *art. préc.*, p. 113.

¹⁰⁵⁵ C. MOULY, rapport sur « Les revirements de la jurisprudence de la Cour de cassation », *art. préc.*, p. 134.

¹⁰⁵⁶ *Ibid.*

¹⁰⁵⁷ C. JAUFFRET SPINOSI, « Comment juge le juge anglais ? », *art. préc.*, p. 64.

¹⁰⁵⁸ R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOZI, *Les grands systèmes de droit contemporains, op. cit.*, n° 291, p. 284.

ceux d'une affaire antérieure pour conclure à leur analogie et à leur identité de traitement¹⁰⁵⁹. De même, il n'est pas exclu qu'un magistrat français, en interprétant les décisions rendues par ses prédécesseurs, cherche à en déterminer la *ratio decidendi*. Il est, en effet, possible d'interpréter différemment un arrêt précédent en généralisant plus ou moins la solution qu'il retient¹⁰⁶⁰. Il arrive même aux magistrats français d'insérer dans leur décision un *obiter dictum*¹⁰⁶¹.

569. Cela dit, le raisonnement en termes de précédents pratiqué par les juges français nous paraît bien moins élaboré que celui effectué par leurs homologues britanniques. En effet, du moins en ce qui concerne les magistrats de la Cour de cassation, ceux-ci ne comparent pas tellement les faits des arrêts précédents avec ceux de l'espèce qui leur est soumise, mais *ils comparent des problèmes de droit* ? Le problème de droit posé par l'espèce est-il un problème neuf ou bien la Cour de cassation y a-t-elle déjà répondu ? Telle est l'interrogation à laquelle se livrent les juges français quand ils raisonnent avec des précédents. Aussi lit-on sous la plume des magistrats des considérations comme celles-ci :

[L]a question a été tranchée par la Cour de cassation dans trois arrêts successifs, qui constituent autant de décisions de principe¹⁰⁶².

Ou bien :

La question la plus importante soulevée par ce procès n'est pas nouvelle [...] ¹⁰⁶³.

Ou bien :

¹⁰⁵⁹ Pour un exemple, v. *infra*, n° 584. En l'espèce, le cas à juger avait porté sur la qualification juridique de fresques, alors que le précédent avait statué sur la qualification d'une mosaïque.

¹⁰⁶⁰ Sur ce point, v. déjà *supra*, n° 119.

¹⁰⁶¹ En ce sens, v. C. MOULY, rapport sur « Les revirements de la jurisprudence de la Cour de cassation », *art. préc.*, p. 135 ; P. BELLET, « Servitudes et libertés du juge : les articles 4 et 5 du Code civil français », in *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Bruxelles, éd. Nemesi, P. VASSART (études publiées par), G. HAARSCHER, L. INGBER, VANDER ELST (R.) (sous la dir. de), 1988, 156. P. MALAURY, L. AYNES, *Introduction générale, op. cit.*, n° 360, p. 280.

¹⁰⁶² J. THIERRY, rapport, Civ. 1^{ère}, 14 mai 1996, *D.* 1996.537, col. gauche.

¹⁰⁶³ M. JÉOL, conclusions, Ass. Plén., 2 avril 1993, *D.* 1993.373, col. gauche.

Question primordiale qui n'a encore jamais été posée à votre cour de manière aussi nette¹⁰⁶⁴.

570. La méthode française du précédent nous semble ainsi consister en la comparaison de questions de droit, comparaison qui est, comme nous le verrons dans la section suivante, passablement détachée de l'analyse des faits. Cette première conclusion nous conduit à tenter une redéfinition de la notion de précédent jurisprudentiel. Pour nous, *un précédent jurisprudentiel est une décision juridictionnelle antérieure qui tranche la même question de droit que celle posée par le cas d'espèce à juger actuellement*. Si cette définition fait fi de la place occupée par l'auteur de la décision dans la hiérarchie des juridictions, c'est qu'il nous semble que la notion de précédent n'est pas directement liée à la question de son autorité. Mais il ne fait pas de doute que « *plus il [le juge] est haut placé, plus la notion de précédent prend de sens et de gravité. Elle relève toute son ampleur à l'échelon le plus élevé qui est celui du juge de cassation* »¹⁰⁶⁵. Aussi bien, en pratique, s'intéresse-t-on principalement aux précédents des juridictions suprêmes.

571. Il suit de ce qui précède que *le test du précédent consiste à justifier une hypothèse juridique au motif qu'elle a déjà été retenue dans une décision antérieure*. La prochaine section nous permettra d'approfondir l'analyse de la mise en œuvre de ce test. La compréhension de la notion de précédent elle-même s'en trouvera améliorée.

SECTION II LA PRATIQUE DU PRÉCÉDENT

572. La pratique du précédent consiste à rechercher, en présence d'un problème de droit déterminé, une réponse jurisprudentielle à ce problème. Deux scénarios peuvent être distingués selon que la quête aboutit (§ I) ou suivant qu'elle échoue (§ II). Mais avant d'illustrer ces deux cheminements, il nous paraît utile de rappeler un point que nous avons déjà eu l'occasion d'évoquer.

¹⁰⁶⁴ TOUFFAIT, conclusions, Ch. Mixte, 24 mai 1975, *D.* 1975.500, col. gauche.

¹⁰⁶⁵ T. SAUVEL, « Essai sur la notion de précédent », *art. préc.*, n° IV, p. 95, col. droite.

573. Notre test du précédent intervient dans le cadre de la mise à l'épreuve des hypothèses juridiques. Cela veut dire que nous envisageons le précédent comme un *moyen de preuve* en faveur d'une solution possible à une question de droit. Dans notre analyse, le précédent n'intervient donc qu'après la découverte d'une hypothèse juridique. En ce sens, nous abordons l'argument du précédent dans sa fonction probatoire ou justificative et non pas dans sa fonction de découverte ou heuristique¹⁰⁶⁶. De fait, ainsi que nous l'avons déjà remarqué, si tous les arguments permettent de prouver des solutions, ils permettent aussi d'en trouver. Or, précisément, il nous semble que l'argument du précédent possède une vertu heuristique particulièrement élevée. Le fait même qu'une décision antérieure ait déjà répondu à la question actuellement soulevée permet à la fois de trouver et de prouver la réponse. Mais comme nous avons tourné notre regard du côté de la justification ou de la preuve des hypothèses, c'est sous cet angle que nous examinerons la quête du précédent.

§ I – LA QUÊTE ABOUTIE

574. L'« histoire des canetons engraisés » nous servira à illustrer l'issue positive de la recherche d'un précédent¹⁰⁶⁷. En simplifiant quelque peu les faits de l'espèce, nous en retiendrons qu'une société *Lapidor*, spécialisée dans l'engraissement de canards, avait conclu deux contrats avec une société A¹⁰⁶⁸. En vertu du premier contrat, la société A s'était engagée à livrer des petits canards à engraisser à la société *Lapidor* qui s'obligeait à en payer le prix. En vertu d'un second contrat, la société A s'engageait à reprendre la totalité des canetons livrés en vertu du premier contrat, mais ceci, toutefois, après leur engraissement et contre paiement. De ces deux contrats, il résultait donc la situation suivante : en vertu du premier contrat la société *Lapidor* était débitrice d'une dette de prix envers la société A et, en vertu du second contrat, la société A devenait débitrice d'une dette de prix à l'égard de la société

¹⁰⁶⁶ Sur les différentes fonctions susceptibles d'être exercées par les arguments, v. *supra* n° 530.

¹⁰⁶⁷ Cette « histoire » est tirée de Com., 9 mai 1995, *Lapidor*, J.C.P. 1995.II.22448, rapp. J.-P. RÉMERY, D. 1996.322, note G. LOISEAU.

¹⁰⁶⁸ A la vérité, les faits de l'espèce étaient plus complexes, puisque le premier contrat et le deuxième contrat avaient été conclus entre, d'une part, *Lapidor* et, d'autre part, deux sociétés distinctes (les sociétés A et B) appartenant au même groupe de sociétés. Mais en raison de la confusion des patrimoines de ces deux sociétés (ou de la fictivité de l'une des deux), la procédure collective engagée à l'égard de l'une d'entre elles a pu être étendue à l'autre. Par conséquent, tout se passait comme si les deux contrats avaient été conclus avec une seule et même société.

Lapidor. Nos sociétés se trouvaient ainsi être débitrices l'une envers l'autre. Hélas, la société A fut déclarée en redressement judiciaire, ce qui ne l'empêcha point de réclamer le paiement de son dû à la société *Lapidor*. Cette dernière lui opposa alors la compensation de sa dette avec sa propre créance qu'elle détenait sur la société A.

575. On le sait, en cas de *connexité* de deux dettes le créancier-débiteur à l'égard d'une entreprise en difficulté peut opposer sa propre créance à la demande de paiement de l'entreprise en difficulté¹⁰⁶⁹. Cette connexité des dettes ne pose aucune difficulté quand les deux dettes réciproques sont issues d'un *même contrat* synallagmatique. Différente est la situation quand les dettes sont, comme en l'espèce, issues de *contrats distincts* bien que formant, ce que l'on peut appeler, un « ensemble contractuel unique ». La question soulevée par l'espèce consistait dès lors à savoir si les deux dettes en question, l'une résultant d'un premier contrat, l'autre d'un second, pouvaient être qualifiées « connexes » ? Or, la réponse à cette première question supposait que l'on répondît à une autre interrogation : la notion de connexité est-elle suffisamment large pour englober outre les dettes issues d'un contrat synallagmatique celles nées de contrats différents quoique formant un même ensemble contractuel ? D'où les deux hypothèses d'interprétation suivantes :

- *la notion de connexité englobe aussi bien les dettes issues d'un même contrat que celles nées de contrats différents mais faisant partie d'un ensemble contractuel unique* (hypothèse d'interprétation large) ;
- *la notion de connexité englobe seulement les dettes issues d'un même contrat tout en excluant celles nées de contrats différents même s'ils forment un ensemble contractuel unique* (hypothèse d'interprétation restrictive).

576. Le Conseiller rapporteur, M. RÉMERY, conclut à l'admission de l'hypothèse d'interprétation large en invoquant un argument du précédent¹⁰⁷⁰ :

Je fonde mon analyse sur le **précédent publié le plus récent** de la chambre commerciale en matière de définition de la connexité (Cass. com., 5 avr. 1994 : *Bull. civ.*

¹⁰⁶⁹ Article L. 622-7 Code de commerce prévoit que « le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception du paiement par compensation de créances connexes ». Là réside l'un des intérêts majeurs de la compensation de dettes connexes.

¹⁰⁷⁰ J.-P. RÉMERY, *rapp. préc.*, p. 238, col. gauche.

IV, n° 142 ; J.C.P. 1994, éd. G., IV, 1551 ; J.C.P. 1994, éd. E, I, 397, n° 120, obs. M. Cabrillac et Ph. Pétel).

Dans cet arrêt, nous avons dit, en effet, que **le lien de connexité** pouvait résulter d'obligations réciproques dérivant d'un *même* contrat, mais, et c'est le point qui nous intéresse ici, qu'il **pouvait aussi exister « entre des créances et dettes nées de ventes et achats conclus en exécution d'une convention** ayant défini entre [les parties] le cadre du développement de leurs relations d'affaires, ou **constituant les éléments d'un ensemble contractuel unique servant de cadre général à ces relations** ». (nous soulignons)

577. Voilà donc que le Conseiller rapporteur justifie l'admission de l'hypothèse d'interprétation large par le « précédent publié le plus récent », rendu par la même chambre devant laquelle il présente son rapport. De fait, ce précédent répond exactement à la question de droit posée dans l'affaire à juger. Il corrobore explicitement la solution extensive. Le fait de souligner le caractère récent du précédent n'est pas sans importance non plus. C'est que l'ancienneté « *n'est pas, pour les arrêts, une qualité ; ce que cherche le praticien, c'est à avoir pour sa thèse la dernière jurisprudence, et entre deux arrêts contraires d'une même juridiction, c'est le plus récent qui l'emporte* »¹⁰⁷¹.

578. Il n'est pas inutile de considérer encore la suite du raisonnement de M. RÉMERY. Le Conseiller développe d'abord la définition de la notion de connexité, puis invoque de nouveau un précédent de nature à justifier, dans le cas particulier de cette affaire, la qualification des dettes entre la société *Lapidor* et la société A. Après avoir ainsi préconisé l'admission de l'hypothèse d'interprétation large, il défend l'adoption de l'hypothèse de qualification de connexité¹⁰⁷² :

Notre arrêt consacre une définition extensive du lien de connexité. L'expression « ensemble contractuel unique » a été empruntée à M. Jean-Michel Calendini. Elle signifie que la compensation peut exister entre achats et ventes faits, non seulement en exécution d'un contrat cadre unique, mais aussi en exécution de deux contrats liées entre eux et formant, même en l'absence de contrat cadre, une opération unique dans

¹⁰⁷¹ J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, op. cit.*, n° 144, p. 275. Adde, R. DAVID, *Le droit français*, t. 1, *Les données fondamentales du droit français, op. cit.*, p. 165.

¹⁰⁷² J.-P. RÉMERY, *rapp. préc.*, p. 238, col. gauche.

l'intention des parties. L'unicité de l'opération peut donc, si elle n'est pas matérialisée par une convention cadre, ressortir d'elle-même à travers les liens qui unissent, par exemple, deux contrats d'approvisionnement **comme la chambre commerciale l'a déjà jugée (Cass. com., 10 mars 1991 : Bull. civ. IV, n° 105, contrat de production de porcs charcutiers, d'un côté, et contrat d'approvisionnement en aliments pour les engraisser, d'un autre côté).**

Ici la situation est encore plus nette. Nous sommes dans un cas typique de connexité fondée sur un ensemble contractuel unique. [... Q]uel meilleur exemple de connexité peut-on fournir que celui de l'espèce ? D'un côté, une société A fournit des canetons à engraisser à une société B, et, d'un autre côté celle-ci s'engage à approvisionner la société A en canards gavés en même quantité, la société A s'obligeant à reprendre, après gavage, la totalité des animaux livrés.

579. Dans l'affaire à juger, deux contrats d'approvisionnement, l'un prévoyant la livraison de canetons à engraisser, l'autre la livraison de canards gavés, faisaient naître deux dettes réciproques. Dans le précédent invoqué, un premier contrat conclu entre une coopérative agricole et un éleveur prévoyait l'obligation de la coopérative de livrer des porcs à engraisser à l'éleveur, tandis que ce dernier s'engageait à les engraisser, puis à les restituer. Par un second contrat, l'éleveur s'obligeait à s'approvisionner en aliments pour animaux auprès de la même coopérative¹⁰⁷³. Il nous semble que le M. RÉMERY se livre ici à un raisonnement *a fortiori* du genre¹⁰⁷⁴ : si les dettes issues, d'une part, d'un contrat d'approvisionnement et de restitution d'animaux et, d'autre part, d'un contrat d'approvisionnement en aliments pour animaux sont connexes, alors *a fortiori* en va-t-il de même pour deux contrats dont l'un prévoit la livraison d'animaux, l'autre leur restitution. « Ici, nous dit le Rapporteur, la situation est encore plus nette »¹⁰⁷⁵.

580. Il n'est pas sans intérêt de remarquer à quel point l'analyse des faits du précédent reste superficielle. Le Conseiller rapporteur les mentionne de manière brévisissime entre parenthèses. Pour lui, l'essentiel paraît ailleurs, à savoir que la Cour de cassation a déjà jugé que deux dettes issues de deux contrats d'approvisionnement peuvent être connexes.

¹⁰⁷³ Pour plus de détails sur ce deuxième précédent, v. outre la publication de l'arrêt au bulletin indiquée par le Conseiller rapporteur, sa publication au *D.* 1991.543, note G. DUBOC.

¹⁰⁷⁴ Sur l'argument *a fortiori*, v. *infra*, n° 780.

¹⁰⁷⁵ J.-P. RÉMERY, *rapp. préc.*, *supra*, n° 578.

Autrement dit, la réflexion du magistrat se situe à un degré de généralité et d'abstraction déjà très élevé. Ce qui l'intéressait, c'était la réponse à la question de droit, c'est-à-dire à la question de savoir si deux dettes issues de deux contrats d'approvisionnements pouvaient être connexes. Or, tel était précisément le problème à trancher dans l'affaire actuelle.

Passons maintenant au scénario défavorable de la recherche d'un précédent.

§ II – LA QUÊTE ÉCHOUÉE

581. Dans les pages qui suivent, nous évoquerons des cas de figure où les magistrats tentent d'appliquer ou, du moins, prennent en considération, des précédents qui, finalement, s'avèrent ne pas répondre à la question de droit posée. Avant de conclure à l'absence de précédent – ou au caractère entièrement nouveau du problème posé – une recherche est donc effectuée, mais elle aboutit à un résultat négatif.

582. L'« histoire des fresques » nous procure un premier exemple d'une telle quête échouée¹⁰⁷⁶. En l'espèce, l'on s'en souvient, des fresques avaient été décollées par un antiquaire du plafond d'une chapelle transformée en remise de bois par des paysans-propriétaires ignorants. Deux des propriétaires individus de la chapelle avaient consenti à la vente des peintures murales sans obtenir l'accord des autres co-indivisaires. Des années après la disparition des fresques, celles-ci réapparurent dans deux musées en Suisse. Les deux co-indivisaires qui n'avaient pas consenti à la vente engagèrent alors, devant le tribunal de grande instance de Perpignan, une action en revendication des peintures murales dirigée contre les établissements suisses. Mais ceux-ci soulevèrent l'incompétence des juridictions françaises. Comme la revendication portait, selon eux, sur des biens *meubles*, les tribunaux compétents devaient être les tribunaux du lieu de situation des meubles, à savoir les tribunaux helvétiques. Les demandeurs au contraire soutenaient que les biens étaient des *immeubles* et qu'en conséquence la compétence revenait au tribunal du lieu de situation de l'immeuble. En d'autres termes, la compétence des juridictions françaises était suspendue à la nature juridique, meuble ou immeuble, des fresques.

¹⁰⁷⁶ Cette « histoire » est tirée de Ass. plén., 15 avril 1988, D. 1988.325, concl. J. CABANNES. Pour le détail de cette histoire, v. *supra*, n° 164.

583. L'Avocat général M. CABANNES formulait ainsi la question de droit soulevée par l'affaire : « *Cela ressemble à une disputation eschatologique : les fresques détachées de leur support sont-elles meubles ou immeubles* »¹⁰⁷⁷. D'après notre analyse, deux hypothèses de qualification des fresques naissent d'une telle interrogation :

- *les fresques décollées doivent être qualifiées « immeubles » ;*
- *les fresques décollées doivent être qualifiées « meubles ».*

584. Avocat général avouera qu'aucun précédent ne lui permet de corroborer l'une de ces hypothèses. Mais son raisonnement n'est pas seulement une argumentation en termes de précédents. Elle est, comme cela arrive si fréquemment dans les raisonnements juridiques, imbriquée avec d'autres arguments, en l'occurrence des arguments d'autorité tirés d'opinions d'auteurs¹⁰⁷⁸ :

[J]'estime, avec cet auteur [le professeur MAURY], **en quête d'un précédent**, que **le problème** de la nature juridique des fresques détachées de leur support est, lui, **tout à fait neuf**.

Et c'est naturellement qu'il nous faut évoquer **un arrêt ancien** de la Cour de cassation (*Moley C. Pigné*, Req. 13 déc. 1881, D.P. 82.1.55), déclarant qu'**une mosaïque présentait tous les caractères d'un immeuble par nature proprement dit**.

M. Maury, approuvant cette doctrine, en tire à juste titre, un rapprochement : « Une mosaïque, comme une fresque, fait réellement partie de la construction à laquelle elle s'intègre ; elle en est, dès le départ, un élément, mur ici, plancher là ». On peut aussi « l'enlever, pour la reconstituer ailleurs ».

La parenté est grande, en effet.

M. Maury observe également avec raison que, **dans la cause jugée en 1881, l'œuvre d'art était demeurée en place**.

¹⁰⁷⁷ J. CABANNES, *concl. préc.*, p. 327, col. gauche.

¹⁰⁷⁸ Sur la notion d'argument d'autorité, v. *infra*, n° 598 ; sur l'autorité de la doctrine, en particulier, v. *infra*, n° 627.

La chambre des requêtes l'avait relevé : la mosaïque litigieuse, au moment des fouilles, n'avait pas cessé d'adhérer au sol. [...]

Au moment où elle fut découverte, la mosaïque ne pouvait être devenue un trésor (mobilier), appartenant à son inventeur, car « elle adhérait au sol, enfermée en des murs épais dont le bas subsistait encore »¹⁰⁷⁹.

Mais, « habilement détachée du sol par les procédés modernes, pour être transportée », elle fût assurément, écrit l'annotateur [de l'arrêt de 1881], devenue un objet mobilier.

Si la mosaïque non détachée, incorporée au bâtiment, participe de sa nature, comment en irait-il différemment des fresques, dont l'incorporation au mur, par imprégnation, est encore plus manifeste et profonde ? (nous soulignons)

585. Le précédent de 1881, bien qu'il traite d'un cas de figure fort semblable à celui de l'espèce, n'est pas véritablement concluant parce que les deux cas diffèrent sur un point décisif. Certes, si les fresques étaient restées collées au plafond de la chapelle, elles auraient dû, comme cela fut le cas de la mosaïque, être qualifiées d'immeubles par nature. Mais, en l'espèce, il n'en était pas ainsi, car les fresques avaient été décollées. Autrement dit, la qualification retenue en 1881 ne saurait servir de précédent justifiant l'adoption de l'une des hypothèses de qualification actuelles. En conséquence, conclut l'Avocat général, le problème juridique à résoudre est « *tout à fait neuf* »¹⁰⁸⁰.

586. Un autre exemple, plus bref, peut encore utilement illustrer la quête échouée d'un précédent. Nous l'emprunterons à l'arrêt *Jacques Vabre* dans l'« histoire de la supériorité des traités »¹⁰⁸¹. Dans cette affaire, le problème posé était celui de la supériorité ou non des traités internationaux sur les lois nationales mêmes postérieures. Sans revenir à l'exposé du détail de l'affaire, rappelons simplement que le M. le Procureur général TOUFFAIT défendait l'hypothèse de la supériorité des traités sur les lois nationales mêmes

¹⁰⁷⁹ Il nous semble que l'Avocat général CABANNES cite ici l'annotateur de l'arrêt de 1881.

¹⁰⁸⁰ *Concl. préc.*, *supra*, n° 584.

¹⁰⁸¹ Ch. mixte, 24 mai 1975, *D.* 1975.497, concl. TOUFFAIT ; *GADIP* N°55-56. Pour plus de détails sur cette « histoire », v. *supra*, n° 430.

postérieures. Devant les juges de la chambre mixte de la Cour de cassation, il concluait qu'aucun précédent ne permettait de corroborer l'une des hypothèses en présence¹⁰⁸² :

Question primordiale qui n'a encore jamais été posée à votre Cour d'une manière aussi nette.

Car si notamment, votre Chambre criminelle dans **un arrêt** en date du 22 oct. 1970 rendu sur un rapport remarquable de notre ancien collègue M. MAZARD [...] **consacre la supériorité du droit communautaire sur le droit national** – [...] [il s'agissait d'une espèce où deux lois françaises antérieures étaient contraires à un règlement communautaire] – **cet arrêt** ainsi qu'**un autre** du 7 janv. 1972 **ne peut donc nous servir directement de précédent**, car il est l'application de la jurisprudence aussi bien administrative que judiciaire en vertu de laquelle la loi antérieure est considérée comme abrogée par un traité aux dispositions contraires à ladite loi.

587. Encore une fois, ce cas illustre l'absence d'un précédent permettant de répondre directement à la question de droit posée et donc de corroborer l'une des hypothèses en conflit. En effet, les deux arrêts cités ne concernaient pas le même type de problème que celui évoqué par les faits de l'espèce. En l'occurrence, la loi nationale contraire au Traité de Rome était *postérieure* au Traité, tandis que dans les arrêts précédents la loi nationale lui était *antérieure*. Or, la règle apte à régir ce dernier cas de figure, est une règle de conflit de lois dans le temps tout à fait classique (*lex posterior derogat legi priori*)¹⁰⁸³, qui ne saurait fournir la moindre réponse au problème actuel qui est différent et qui résulte d'un conflit hiérarchique de normes. Comme l'Avocat général CABANNES, le Procureur général TOUFFAIT conclut donc au caractère nouveau de la question posée.

588. Lorsqu'il existe un précédent jurisprudentiel qui permet à la fois de découvrir la réponse à la question qui se pose et de justifier cette réponse, nous sommes, à la vérité, en présence d'un problème facile à résoudre. Les difficultés plus sérieuses ne commencent que quand il n'y a pas encore de précédent ou quand il s'agit d'en changer. De fait, comme PERELMAN l'avait déjà souligné, il suit « *d'une tendance, naturelle à notre esprit, de considérer comme normal et rationnel, donc comme n'exigeant aucune justification*

¹⁰⁸² TOUFFAIT, *concl. préc.*, p. 500, col. gauche.

¹⁰⁸³ Sur ce critère chronologique, v. *supra*, n° 328.

supplémentaire, un comportement conforme aux précédents. Dans tout ordre social, ce qui est traditionnel se présentera donc comme allant de soi ; par contre, toute déviation, tout changement devra être justifié »¹⁰⁸⁴. Ainsi, le travail de justification des hypothèses juridiques ne se développe dans toute son ampleur qu'en cas de changement ou de revirement de jurisprudence. Il en va de même, bien sûr, quand la question est nouvelle, c'est-à-dire quand aucun précédent ne fournit encore de réponse au problème de droit posé.

589. Les conclusions du Procureur général MATTER dans l'« histoire de la fille accidentée » illustrent l'attitude d'un magistrat face à une question nouvelle¹⁰⁸⁵. En l'occurrence, il existait, certes, de la jurisprudence sur la question posée, mais aucun précédent n'était issu des Chambres réunies de la Cour de cassation qui, en l'espèce, étaient appelées à statuer¹⁰⁸⁶ :

Il est un premier point sur lequel je suis à peu près d'accord avec la défense : c'est que vous êtes en présence d'**une question neuve, que vous, chambres réunies, juridiction suprême, n'avez point à vous occuper de ce qui a été décidé sur la question, même par un ou plusieurs arrêts de votre chambre civile.** Mais, ici, une réserve, et elle est fort importante : **si vous n'avez point à tenir compte des arrêts rendus sur les accidents automobiles,** il ne faut point aller, comme le proposait la défense, jusqu'à faire table rase de toute la jurisprudence de votre chambre civile et même de la chambre criminelle sur la responsabilité. Les chambres réunies ne sont point, que je sache, une juridiction de bouleversement ; elles suivent, - ce qui est la plus grande de nos traditions, - elles suivent l'ensemble du mouvement général, connaissant les progrès, s'y attachent et complètent ainsi l'ensemble même de la jurisprudence.

Mais nous sommes en présence d'une question qui, à raison de son caractère, doit être prise toute entière. Il ne faut donc pas, comme le faisait hier la défense, s'en tenir à deux ou trois arguments : **il faut reprendre la question dans son intégralité [...].** (nous soulignons)

¹⁰⁸⁴ Ch. PERELMAN, « La règle de justice formelle », *Dialectica (Revue internationale de philosophie de la connaissance)*, tirage à part, 1960, p. 237.

¹⁰⁸⁵ Ch. réunies, 13 février 1930, *Jand'heur*, DP 1930.I.57, rapp. LE MARC'HADOUR, concl. P. MATTER, note Ripert ; *GACIV*, N° 193. Pour l'exposé du détail de l'« histoire », v. *supra*, n° 233.

¹⁰⁸⁶ P. MATTER, *concl. préc.*, p. 65, col. gauche.

590. Reprendre la question dans son intégralité, ouvrir la discussion à tous les arguments, telle nous semble bien être l'attitude que devrait adopter tout juge consciencieux quand il se trouve face à une question nouvelle. À défaut de précédent sur le point discuté, la mise à l'épreuve des hypothèses juridiques devrait se faire par une argumentation aussi diversifiée que possible. Et même en présence d'un précédent, il ne faudrait pas se laisser aller à la répétition acritique. Ainsi qu'un éminent magistrat l'a lui-même remarqué, « *l'habitude [...] est le mal insidieux qui guette le juge* »¹⁰⁸⁷. Cela veut dire que même en présence d'un précédent, le magistrat ne doit jamais sombrer dans la « *passivité* » ou « *la paresse d'esprit* »¹⁰⁸⁸. Lorsqu'il existe de bonnes raisons pour changer de jurisprudence, alors la présence d'un ou de plusieurs précédents ne doit pas empêcher le juge de reconsidérer la question comme une question nouvelle.

591. À notre avis, la décision d'un revirement de jurisprudence est encore une décision en termes d'hypothèses juridiques. L'hypothèse du revirement peut ainsi se justifier par des arguments d'autorité. En voici un très bref exemple¹⁰⁸⁹ :

La doctrine s'interroge sur l'opportunité de maintenir la jurisprudence telle que je l'ai exposée (Marty et Raynaud, Les successions et les libéralités, n° 379 ; Terré et Lequette, Les successions, les libéralités, n° 317, Flour et Aubert, Les obligations, T. 1, L'acte juridique, n° 299 ; Bénabent, La famille, n° 50).

592. En l'espèce, le revirement de jurisprudence est justifié, entre autres, par l'opinion d'un certains nombre d'auteurs de référence. Autrement dit, l'hypothèse de revirement est motivée par un test des autorités. Rien n'exclut cependant d'élargir la panoplie des tests et de recourir à d'autres types d'arguments¹⁰⁹⁰.

¹⁰⁸⁷ P. DRAI, « Le délibéré et l'imagination du juge », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Mélanges en l'honneur de R. PERROT*, Paris, Dalloz, 1996, p. 111.

¹⁰⁸⁸ *Ibid.*, p. 113.

¹⁰⁸⁹ X. SAVATIER, rapport, Civ. 1^{ère}, 3 févr. 1999, *D.* 1999.267, col. droite.

¹⁰⁹⁰ Ainsi, M. le Conseiller référendaire SAVATIER justifie également l'hypothèse du revirement par un « test conséquentialiste » et, plus précisément, par un « argument de la praticabilité et du risque » (v. *infra*, n°). Rappelons que l'affaire sur laquelle le Conseiller raisonne avait pour objet le problème de la validité des libéralités entre concubins adultérins. Plus précisément, il se posait la question de savoir si la libéralité faite en vue du *maintien* d'une telle relation était conforme ou non aux bonnes mœurs. Traditionnellement, d'après la jurisprudence, une telle libéralité faite en vue du maintien de la relation n'était pas valable, puisque celle-ci était considérée comme la rémunération de faveurs (le *pretium stupri*). Le Conseiller rapporteur plaidait cependant pour l'abandon de cette jurisprudence en se servant d'arguments conséquentialistes : « *On reproche au critère classique [...] d'être terriblement fuyant. Obligeant à se pencher sur une intention, il conduit à laisser au*

Passons dès lors au prochain test permettant d'éprouver une hypothèse juridique. Il s'agit précisément du test des autorités.

Conclusion du chapitre I

593. C'est un fait incontestable que les magistrats français raisonnent en termes de précédents jurisprudentiels. Ce raisonnement n'est donc nullement réservé aux juges de *common law*, ainsi qu'une opinion préconçue pourrait le laisser penser. Plusieurs explications peuvent être trouvées à cette pratique du précédent par les magistrats français, dont la règle de justice formelle ou le principe d'égalité devant la loi prescrivant de traiter de la même façon des cas d'espèce semblables.

594. Lorsque l'on tente d'esquisser un régime juridique du précédent, l'article 5 du Code civil s'impose comme sont trait le plus marquant. En droit français, contrairement au système de *common law*, le précédent n'a pas de force obligatoire. Plusieurs conséquences en découlent, dont celle qui interdit de motiver une solution par la seule référence à un précédent. Il n'empêche que la référence aux précédents n'est nullement prohibée dans les décisions françaises pourvu qu'elle s'intègre dans une motivation plus vaste.

595. Il ne résulte donc absolument pas de ce que les précédents français n'ont pas de force obligatoire, que les magistrats français ne raisonnent pas en termes de précédents. Bien que nous ne nous soyons pas livrés à un examen comparatif portant sur des exemples jurisprudentiels tirés du droit anglais, le raisonnement en termes de précédents du juge français paraît sérieusement différer de celui pratiqué par les magistrats anglais. De fait, la démarche de ceux-ci est marquée par la recherche d'une *ratio decidendi* qui ne se confond pas nécessairement avec la ou les règles de droit énoncées dans le jugement. La *ratio decidendi* est une règle ou un raisonnement en perpétuelle reformulation. Elle diffère de ce qui a été dit au passage (*obiter dictum*). Et même temps, quand une *ratio decidendi* a été mise

pouvoir souverain des juges du fond l'appréciation de la validité de tout acte passé entre concubins pendant la durée de la vie commune. En recherchant si derrière l'acte ne se cache pas le secret espoir de contribuer à la poursuite de la relation liant les intéressés, on ouvre la porte à l'arbitraire du juge » (nous soulignons).

en lumière, il n'est pas encore certain que celle-ci soit applicable au cas d'espèce dont les éléments de fait déterminants peuvent être distingués (*distinguishing*).

596. Le raisonnement en termes de précédents pratiqué par les juges français nous paraît différer de celui de leurs homologues britanniques, en ce sens qu'il paraît beaucoup plus détaché des faits du cas d'espèce. En principe, les juges français, au lieu de comparer des éléments factuels, ont davantage tendance à comparer des questions de droit. La question de droit est-elle nouvelle ou bien la question de droit a-t-elle déjà été résolue en jurisprudence ? Cette façon de voir les choses, nous a conduit à proposer la définition suivante de la notion de précédent : un précédent jurisprudentiel est une décision juridictionnelle antérieure qui tranche la même question de droit que celle posée par le cas d'espèce à juger actuellement.

597. Au regard de ce qui vient d'être dit et au regard des cas que nous avons étudiés, le premier test d'une hypothèse juridique est ainsi le test du précédent. En effet, lorsqu'un problème de droit se pose à un magistrat, sa première réaction sera celle de rechercher si la question est nouvelle ou non. Quand le problème a déjà été résolu, l'une des hypothèses juridiques sera facilement validée par le magistrat au moyen du test du précédent. Il en va autrement, lorsque la question est nouvelle ou que la réponse antérieurement apportée appelle un revirement, parce que celle-ci ne paraît plus adaptée. Ajoutons qu'à notre sens, la question de l'opportunité d'un revirement de jurisprudence peut également se résoudre en termes d'hypothèses juridiques et l'on pense alors à l'adoption ou non d'une hypothèse de revirement.

Il reste qu'à défaut de précédent, le juge devra recourir à d'autres arguments pour contrôler les hypothèses qu'il vient d'inventer.

Chapitre II

LE TEST DES AUTORITÉS

598. La catégorie des arguments d'autorité représente le deuxième test de nos hypothèses juridiques. La référence à ce type d'argument peut surprendre. Les arguments d'autorité ne sont-ils pas largement discrédités comme moyen d'élaboration et de justification de nos connaissances ? « À première vue, note un auteur, évoquer l'utilisation de l'argument d'autorité revient à donner une image quelque peu négative de celui qui l'utilise, comme s'il se trouvait, au fond, à court d'arguments... »¹⁰⁹¹. Cependant, ce serait avoir la vue bien courte que de soutenir que les autorités servent d'arguments à ceux qui n'en ont pas ou bien encore à ceux dépourvus de réflexion personnelle. Porter un tel jugement reviendrait à accuser très gravement tous les juristes puisqu'ils n'ont de cesse, dans leurs réflexions, d'invoquer de tels arguments. À la vérité, dans les argumentations juridiques, l'argument d'autorité est omniprésent, bien qu'il n'ait été que très peu étudié dans ce contexte¹⁰⁹². De même, dans l'argumentation en général, son importance est qualifiée « extrême »¹⁰⁹³.

599. Nous ne nous intéresserons pas aux raisons historiques qui ont conduit au déclin philosophique de l'argument d'autorité, puisqu'une telle recherche nous éloignerait par trop nos préoccupations¹⁰⁹⁴. Aussi prendrons-nous simplement acte de l'extrême fréquence

¹⁰⁹¹ L. INGBER, « Avant-propos », in *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Bruxelles, éd. Nemesis, P. VASSART (études publiées par), G. HAARSCHER, L. INGBER, R. VANDER ELST (sous la dir. de), 1988, p. 5.

¹⁰⁹² La seule étude véritablement incisive de l'argument d'autorité que nous avons rencontrée au cours de nos recherches est l'excellent article de Rogelio PEREZ PERDOMO consacré à « L'argument d'autorité dans le raisonnement juridique » (*A.P.D.* 1971.227). Il en va autrement du recueil d'articles, cité dans la note précédente (*supra*, note n° 1091), qui ne traite guère, malgré son titre alléchant, de l'argumentation juridique.

¹⁰⁹³ Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, *op. cit.*, § 70, p. 412.

¹⁰⁹⁴ Pour indiquer tout de même quelque peu les raisons du discrédit philosophique de l'argument d'autorité, il importe d'abord de comprendre que « le sort de l'autorité dépend, d'une part, de la façon dont l'homme envisage son rôle dans le développement de la connaissance et, d'autre part, du fait qu'il admette ou non, parallèlement à la démonstration et à l'évidence, la possibilité d'une connaissance du vraisemblable, de ce qui est sujet à délibération et à argumentation » (R. PEREZ PERDOMO, « L'argument d'autorité dans le raisonnement juridique », *art. préc.*, n° 2, p. 229). De fait, « dans la mesure où toute proposition est considérée comme vraie ou fausse, l'argument d'autorité ne trouve plus de place dans l'arsenal intellectuel » (Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, *op. cit.*, § 70, p. 412). En effet, il n'y a plus lieu de s'intéresser à l'opinion d'autrui quand le seul critère de la vérité serait, comme en mathématiques, celui

des arguments d'autorité dans les raisonnements des magistrats. Nous en ferons la démonstration empirique au cours d'une section consacrée à la diversité de cette catégorie d'arguments (Section II). Cependant, nous aurons à nous intéresser d'abord à l'argument d'autorité lui-même. Qu'entend-on par « argument d'autorité » ? Nous répondrons à cette question dans une section première relative à la notion d'argument d'autorité (Section I).

600. Avant d'entrer dans le vif du sujet, une mise au point semble néanmoins nécessaire. Il peut paraître curieux que nous dissociions l'étude des arguments d'autorité du test du précédent¹⁰⁹⁵. L'appel à la jurisprudence, tel un arrêt de la Cour de cassation, ne constitue-t-il pas, par excellence, un argument d'autorité ? N'est-ce pas une vue traditionnelle de la doctrine juridique que de considérer la jurisprudence comme une « autorité »¹⁰⁹⁶ ?

601. Sans entrer, dans le débat sur la question de savoir si la jurisprudence est ou n'est pas une source formelle du droit, nous admettons que l'argument du précédent peut s'analyser techniquement comme un argument d'autorité. L'argument d'autorité consiste alors à affirmer que telle hypothèse doit être retenue, parce que la même solution a déjà été consacrée dans une décision judiciaire antérieure¹⁰⁹⁷. En même temps, l'argument ou le test du précédent paraît si spécifique qu'il devient nécessaire de la traiter à part.

602. Le précédent est d'abord spécifique en raison de sa fréquence dans le raisonnement des magistrats. Nous voulons dire par là que cette importance quantitative justifie à elle seule que l'on consacre des développements séparés au test du précédent et au test des autorités. Plus fondamentalement, le précédent se fonde sur des considérations de

d'une déduction à partir de principes évidents. De même, dans une logique bipolaire du vrai et du faux, il ne saurait y avoir de place pour de simples arguments qui eux interviennent dans un autre domaine, celui de la connaissance vraisemblable. Ces remarques permettent de comprendre que le déclin philosophique de l'argument d'autorité remonte à l'avènement de la modernité et des sciences modernes à partir des XVII^e et XVIII^e siècles. « *L'ambition des philosophes modernes est de créer une connaissance rigoureuse, objective, fondée sur la perception claire des choses, et donc valable indépendamment de la personne qui la défend ; une connaissance qui, selon l'image de Descartes, soit comme la monnaie, qui a la même valeur, qu'elle sorte de la bourse d'un paysan ou du trésor royal* » (R. PEREZ PERDOMO, « L'argument d'autorité dans le raisonnement juridique », *art. préc.*, n° 2, p. 231).

¹⁰⁹⁵ Sur le « test du précédent », v. *supra*, n° 546.

¹⁰⁹⁶ En ce sens, v. p. ex. J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, op. cit.*, n° 144, p. 273 ; G. CORNU, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens, op. cit.*, n° 437, 184.

¹⁰⁹⁷ Nous définirons ci-après l'argument d'autorité comme l'argument qui consiste à justifier la valeur d'une opinion en démontrant que cette même opinion émane déjà d'une source dont la valeur est admise. Appliqué au précédent, l'on dira alors que l'argument du précédent justifie la valeur d'une hypothèse juridique en démontrant que cette hypothèse a déjà été admise, par exemple, par la Cour de cassation dans une décision antérieure.

justice et d'égalité qui ne paraissent pas caractéristiques des arguments d'autorité¹⁰⁹⁸. L'on suit un précédent, parce qu'il paraît juste de traiter de la même manière des cas d'espèce semblables. Pareil fondement ne se retrouve pas, semble-t-il, dans les divers arguments que nous avons répertoriés dans la catégorie des arguments d'autorité. Aussi bien, afin de conserver cette spécificité à l'argument du précédent, avons-nous choisi de l'examiner à part.

Cette mise au point effectuée, nous pouvons commencer par étudier la notion d'argument d'autorité.

SECTION I

LA NOTION D'ARGUMENT D'AUTORITÉ

Nous suggérons d'analyser la notion d'argument d'autorité en deux temps. Il nous paraît d'abord utile de l'examiner dans le contexte de l'argumentation en général (§ I) puis, dans le contexte, plus particulier, de l'argumentation juridique (§ II).

§ I – L'ARGUMENT D'AUTORITÉ DANS L'ARGUMENTATION GÉNÉRALE

603. Le but principal de ce premier paragraphe sera de fournir une définition générale de l'argument d'autorité. L'élaboration de cette définition nous conduira d'abord à établir que l'« autorité » invoquée est une qualité ou une valeur et non la chose ou la personne qui l'incarne (A). Par la suite, notre quête d'une définition satisfaisante nous procurera l'occasion de montrer que l'argument d'autorité fonctionne sur le modèle classique des présomptions telles que le droit de la preuve les entend (B). Enfin, après avoir parcouru ces étapes et défini l'argument, nous serons à même de réfuter la distinction traditionnelle entre « arguments d'autorité » et « arguments de raison » (C). Notre compréhension des arguments d'autorité s'en trouvera améliorée.

¹⁰⁹⁸ Sur le fondement du précédent, v. *supra*, n° 549.

A. – L’AUTORITÉ COMME QUALITÉ OU VALEUR

604. Le *Traité de l’argumentation* définit l’argument d’autorité comme celui qui « utilise des actes ou des jugements d’une personne ou d’un groupe de personnes comme moyen de preuve en faveur d’une thèse »¹⁰⁹⁹. Aussi bien, l’argument d’autorité consiste-t-il à invoquer le comportement d’autrui ou son jugement comme un moyen de preuve à l’appui de l’opinion que l’on cherche soi-même à établir¹¹⁰⁰. Réduit à l’extrême, l’argument d’autorité affirme que la proposition *P* est vraie ou raisonnable, parce que telle autorité a dit que « *P* »¹¹⁰¹. En voici un exemple édifiant emprunté aux *Sermons* de BOSSUET¹¹⁰² :

Ne cherchons pas les raisons des vérités qu’il [Jésus] nous enseigne : toute la raison c’est qu’il a parlé.

605. Le *Traité de l’argumentation* ajoute que l’argument d’autorité est un « argument de prestige »¹¹⁰³. Il en résulte que la force probatoire de l’argument d’autorité dépend du prestige de l’autorité invoquée. Ainsi, « l’opinion d’une personne incompétente ou inconnue n’a aucune force probatoire »¹¹⁰⁴, parce que la source dont cette opinion émane est, précisément, dépourvue de toute considération. À l’inverse, « un auteur célèbre, un professeur réputé, ont de l’auctoritas et, par conséquent, on doit tenir compte de leur avis »¹¹⁰⁵. Ce lien entre force probatoire et prestige permet de comprendre le schéma

¹⁰⁹⁹ Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, § 70, p. 411.

¹¹⁰⁰ D’après la définition que nous venons de citer, l’argument d’autorité consiste à invoquer l’autorité d’autrui. Il est vrai qu’un orateur pourrait également invoquer son autorité personnelle, comme quand on dit, par exemple, « Moi qui ai roulé tant de milliers de kilomètres » pour convaincre un jeune automobiliste de son opinion (en ce sens, M.-L. MATHIEU-IZORCHE, *Le raisonnement juridique, op. cit.*, p. 357). Mais il nous semble qu’il s’agit là d’un emploi marginal de l’argument d’autorité qui se produit également quand un auteur cite ses propres publications. Surtout, il ne faudrait pas confondre cette forme d’autorité personnelle, fondée sur l’expérience ou la compétence, avec le pouvoir, par exemple, d’un juge pour trancher un litige. Cette forme d’autorité est fondée sur la contrainte et échappe, par conséquent, à l’argumentation qui suppose la liberté de ne pas adhérer à l’argument invoqué (sur ce point, v. *infra*, n° 624).

¹¹⁰¹ En ce sens, v. B. BUFFON, *La parole persuasive, op. cit.*, p. 191.

¹¹⁰² BOSSUET, *Sermons*, vol. II : *Sur la soumission due à la parole de Jésus-Christ*, cité par Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l’argumentation, op. cit.*, § 70, p. 415.

¹¹⁰³ Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, § 70, p. 411.

¹¹⁰⁴ R. PEREZ PERDOMO, « L’argument d’autorité dans le raisonnement juridique », *art. préc.*, n° 1, p. 227.

¹¹⁰⁵ *Ibid.*

fondamental qui sous-tend l'argument d'autorité. Dans sa forme la plus caractéristique, cet argument est construit sur l'interaction que nous percevons entre la personne, d'une part, et ses actes, d'autre part¹¹⁰⁶. Les valeurs incarnées par une personne confèrent de la valeur à ses opinions. Réciproquement, cette valeur des opinions nous permet de construire la valeur de la personne¹¹⁰⁷.

606. La définition citée plus haut ainsi que le développement qui l'a suivie, pourraient laisser entendre que l'autorité invoquée dans un argument serait toujours une personne ou un groupe de personnes dotées d'un certain prestige. Pourtant, une telle analyse reste trop superficielle à notre sens. C'est que pour nous, l'autorité n'est pas constituée par *la* personne ou *le* groupe de personnes eux-mêmes, mais par une valeur incarnée par eux. Cette façon de voir semble, d'ailleurs, corroborée par les dictionnaires. Ceux-ci nous apprennent, en effet, que l'autorité est une « *force de considération* »¹¹⁰⁸ ou un « *crédit* »¹¹⁰⁹ qui s'attache, certes, à une « *personne* » ou à une « *collectivité* », mais encore à une « *chose* », au sens de chose concrète ou de chose abstraite, c'est-à-dire d'un concept¹¹¹⁰. Autrement dit, l'autorité est en elle-même une *qualité*, une *valeur*, incarnée par une personne, un groupe de personnes, un objet ou une idée. Ce n'est qu'en ce sens, nous semble-t-il, que l'on peut parler, par exemple, de l'« autorité du pape », de l'« autorité des savants », de l'« autorité des Écritures » ou encore de l'« autorité de l'expérience », de l'« autorité de la tradition », de l'« autorité de l'évidence » ou de l'« autorité de la compétence ».

607. Nous ne contestons pas que l'autorité comme valeur incarnée puisse venir à désigner *par métonymie* la personne ou encore l'objet lui-même qui l'incarne¹¹¹¹. C'est ainsi

¹¹⁰⁶ Nous verrons plus loin que l'autorité n'est pas forcément incarnée par une personne ou par un groupe de concepts, mais qu'elle peut l'être encore par des choses et des concepts (*infra*, n° 606).

¹¹⁰⁷ En ce sens, v. *ibid.*, n° 1, p. 228; Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, *op. cit.*, § 69, p. 409.

¹¹⁰⁸ *Trésor de la langue française informatisé (Tlfi)*, *op. cit.*, v° « Autorité ».

¹¹⁰⁹ *Grand Larousse universel*, *op. cit.*, v° « Autorité ».

¹¹¹⁰ Sur ces précisions, v. *Trésor de la langue française informatisé (Tlfi)*, *op. cit.*

¹¹¹¹ En ce sens, v. *ibid.* Ce dictionnaire nous apprend que *par métonymie* le mot « autorité » signifie aussi « *personne qui jouit d'une grande considération, dont on invoque l'exemple à l'appui d'une thèse* ». Il en va de même, suivant le dictionnaire, de l'autorité des choses qui vient à désigner les choses elles-mêmes. En ce sens, un ouvrage peut être une autorité. Rappelons, enfin, que la métonymie est la « *figure consistant à désigner un objet par le nom d'un autre ayant avec lui un lien habituel* » (O. REBOUL, *Introduction à la rhétorique*, *op. cit.*, p. 240). Par métonymie on appellera, par exemple, un « Zola » un roman de Zola, ou un « violon » un violoniste.

que l'on pourra dire que tel savant est une autorité dans son domaine. Il reste que le fait d'être une autorité est lié au fait d'incarner une valeur.

608. Concernant cette valeur, le *Traité de l'argumentation* nous apprend qu'à l'heure actuelle « *le fondement le plus souvent allégué en faveur de l'autorité est la compétence* »¹¹¹². Mais d'autres fondements restent concevables comme l'« expérience » ou la « tradition »¹¹¹³. Il s'ensuit, d'après notre analyse, que ce sont notamment ces valeurs de compétence, de tradition ou d'expérience qui fondent l'autorité, par exemple, d'une personne ou d'un livre, c'est-à-dire qui leur procurent cette force de considération ou ce crédit constitutifs d'autorité.

Après cette analyse de la notion d'autorité, passons à celle de l'argument. Nous verrons sans tarder que l'argument d'autorité conclut de la qualité de la source d'une opinion à la qualité de l'opinion elle-même. En cela, il fonctionne comme une présomption classique du droit de la preuve.

B. – L'ARGUMENT D'AUTORITÉ COMME PRÉSOMPTION

609. Ainsi que nous l'avons déjà exposé, tous les arguments sont des moyens de preuve, des *parce que* ou des raisons en faveur d'une proposition¹¹¹⁴. Par conséquent, l'argument d'autorité, comme tout autre argument est, lui aussi, une preuve ou une raison susceptible de fournir une justification. Il est pourtant exact qu'il existe une différence entre les arguments d'autorité et les autres arguments. À cet égard, on a pu écrire que « *ce qui détermine la valeur probatoire de l'acte ou du jugement invoqué comme autorité, ce n'est pas sa valeur propre, la constatation immédiate de sa conformité avec le bien ou la vérité, mais plutôt une valeur extrinsèque : celle de la personne ou du groupe dont elle émane* »¹¹¹⁵. Ailleurs, on lit encore que « *l'argument d'autorité consiste à justifier une affirmation en se*

¹¹¹² Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, § 70, p. 416.

¹¹¹³ En ce sens, v. p. ex., Ch. PERELMAN, *L'empire de la rhétorique, Rhétorique et argumentation*, Paris, Vrin, col. Bibliothèque des textes philosophiques, 3^{ème} tirage, 1997, p. 108.

¹¹¹⁴ Sur la définition de la notion d'« argument », v^o *supra*, n^o 527.

¹¹¹⁵ R. PEREZ PERDOMO, « L'argument d'autorité dans le raisonnement juridique », *art. préc.*, n^o 1, p. 227.

fondant non sur le contenu de celle-ci mais sur la valeur de son auteur »¹¹¹⁶.

610. Il suit de ces réflexions que l'argument d'autorité consiste à justifier une proposition par sa source. Plus exactement, comme nous avons défini l'autorité elle-même comme une qualité, l'argument d'autorité cherche à justifier une affirmation par la qualité ou la valeur de sa source. En quoi cette justification ou ce type de raison diffèrent-ils alors des autres arguments ? Les auteurs cités plus haut semblent nous dire que l'argument d'autorité consiste à prouver indirectement la valeur d'une affirmation par la qualité de la source dont elle émane, tandis que les autres arguments cherchent à établir directement la valeur du contenu de l'opinion. Ces analyses ne vont pas assez loin.

611. Rappelons-nous les présomptions organisées par le droit de la preuve¹¹¹⁷. On le sait, lorsque des faits sont difficiles ou impossibles à prouver directement (p. ex. la vitesse à laquelle roulait une voiture ou la paternité d'un homme), la loi autorise le recours aux preuves indirectes, aux présomptions. Celles-ci sont définies à l'article 1349 du Code civil comme « *des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu* ». C'est ainsi que la présomption de paternité de l'article 312 du même Code permet d'établir la paternité d'un enfant (fait inconnu) en établissant le mariage de la mère (fait connu)¹¹¹⁸. De même, le magistrat reconstituera la vitesse d'un véhicule (fait inconnu) à partir de la longueur des traces de freinage laissées sur la route (fait connu). Ce type de présomption emporte un *déplacement de l'objet de la preuve*. Au lieu que de prouver directement la paternité, on prouve le mariage ; au lieu que de prouver directement la vitesse d'un véhicule, on prouve la longueur des traces de pneus. Les présomptions sont ainsi fondées sur un raisonnement de type probabiliste puisqu'elles établissent un lien probable entre le fait connu et le fait inconnu. Il est probable que le mari de la mère soit le père de l'enfant, de même qu'il est vraisemblable qu'une certaine longueur des traces de freinage indique la vitesse d'un véhicule. Il reste que le déplacement de l'objet de la preuve introduit de l'incertitude dans le raisonnement probatoire, d'où il suit que ces présomptions sont des présomptions simples. C'est dire qu'elles supporteront toujours la preuve du contraire.

¹¹¹⁶ B. BUFFON, *La parole persuasive*, *op. cit.*, p. 191.

¹¹¹⁷ Pour une analyse plus détaillée des présomptions, v. p. ex. F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, n° 575 et s., pp. 471 et s.

¹¹¹⁸ Cet article dispose que « *l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari* ».

612. L'argument d'autorité fonctionne sur le modèle d'une telle présomption opérant un déplacement de l'objet de la preuve. Ainsi, au lieu de démontrer directement la valeur de l'opinion que l'on défend (valeur non encore admise), l'argument d'autorité déplace l'objet de la preuve : il prouve que la même opinion émane déjà d'une source dont la valeur est reconnue (valeur admise). Cette dernière preuve nous paraît d'ailleurs souvent facile à faire du moins dans le domaine juridique, puisque certains auteurs y jouissent d'une réputation qui, précisément, n'est plus à faire¹¹¹⁹. Il suffit dès lors d'établir que ces auteurs penchent dans le sens de l'opinion que l'on tente à établir.

613. Pour clarifier encore davantage le fonctionnement de l'argument d'autorité, il n'est peut-être pas inutile d'attirer l'attention sur le procédé du renforcement de l'autorité. De fait, quand l'autorité d'un auteur ou d'un ouvrage risquent d'être ultérieurement contestées, il est toujours possible de les consolider avant d'en faire un argument. Le *Traité de l'argumentation* note que « souvent, avant d'invoquer une autorité, on la confirme, on la consolide, on lui donne le sérieux d'un témoin valable. En effet, plus l'autorité est importante, plus son propos paraît indiscutable »¹¹²⁰. Par l'effet de la présomption, le renforcement de l'autorité vaudra renforcement de la valeur probatoire de l'argument.

614. Nous avons trouvé un bel exemple de ce procédé du renforcement de l'autorité dans les conclusions prononcées par le Procureur général DUPIN dans l'« histoire du forçat »¹¹²¹. Pour défendre ses opinions, le Procureur invoquait l'autorité de PORTALIS en tant que rédacteur du Code civil, en général, et en tant que rédacteur de l'exposé des motifs du projet de Code civil, en particulier. Voici ce qu'il dit¹¹²² :

Le projet ainsi arrêté va enfin être présenté au Corps législatif : ce moment est solennel ; il devra être accompagné d'un acte officiel, d'un exposé des motifs du projet. Cet exposé,

¹¹¹⁹ En traitant de l'argument *ab auctoritate*, SAINT-ALBIN nous apprend que la Cour de cassation « possède pourtant dans son sein des supériorités transcendantes, telles que Zangiacomi, Bérenger, Lasagni, Boyer, Isambert, Renouard, Bryon, Romiguières, Troplong, Dupin, Hello, Pascalis, Delange, Hébert, et d'autres savants jurisconsultes qui ont fait de la science des lois l'étude et la méditation de leur vie » (H. SAINT-ALBIN, *Logique judiciaire ou traité des arguments légaux*, Paris, Jobert libraire-éditeur, 2^{ème} éd., revue, corrigée et augmentée, suivie de la Logique de la conscience, 1841, p. 145).

¹¹²⁰ Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, op. cit., § 70, p. 415.

¹¹²¹ Ch. réunies, 24 avril 1862, *Berthon*, S. 1962.1.341, concl. DUPIN. Pour l'exposé du détail de « l'histoire », v. *supra*, n° 188.

¹¹²² DUPIN, *concl. préc.*, pp. 347-348.

Portalis est chargé de le rédiger : **Portalis**, qui dans un sujet aussi grave que le mariage, **se recommandait tout à la fois comme jurisconsulte, comme habile canoniste auteur des lois qui ont accompagné le concordat, comme publiciste, comme philosophe chrétien ; et, par-dessus tout, comme le plus éloquent de tous ceux qui avaient concouru à la rédaction du Code**, en tête duquel devait se trouver le discours préliminaire confié aussi à sa rédaction ! Cet exposé de motifs est communiqué par Portalis à **ses collègues**, Tronchet, Malleville, Bigot de Préameneu ; il est approuvé par eux, il devient ainsi leur œuvre commune. (nous soulignons)

615. En l'occurrence, l'autorité de PORTALIS est renforcée de deux manières. D'une part, le Procureur général DUPIN nous livre un véritable *curriculum* attestant la grande compétence de l'auteur qu'il invoque. D'autre part, cette autorité est corroborée à travers l'approbation du projet par les « collègues » de l'auteur qui sont eux-mêmes autant de personnages illustres pourvus d'autorité. Souvent, la convocation des autorités se fera plus sobrement, comme quand on cite « *un grand magistrat* »¹¹²³ ou une « *thèse plusieurs fois couronnée* »¹¹²⁴. Le procédé du renforcement, toutefois, reste le même : il s'agit de mieux asseoir l'autorité, pour mieux prouver par la suite. Remarquons enfin que le fait même que l'on puisse renforcer l'autorité démontre, si besoin en était encore, que l'autorité est une qualité. Car, nous ne voyons pas comment l'on pourrait renforcer la personne ou encore le livre qui l'incarnerait. Cela ne ferait aucun sens.

616. L'analyse de l'argument d'autorité en termes de présomption nous a permis de montrer que celui-ci constitue un *argument indirect* par opposition aux autres arguments que l'on pourrait appeler des *arguments directs*¹¹²⁵. Encore une fois, l'argument d'autorité ne

¹¹²³ MATTER, concl., Ch. réunies, 13 février 1930, *Jand'heur*, « histoire de la fille accidentée », DP 1930.70, col. gauche.

¹¹²⁴ J. CABANNES, conclusions, Ass. Plén., 15 avril 1988, « histoire des fresques », D. 1988.327, col. droite. Il vaut la peine de citer tout ce passage dû à l'Avocat général CABANNES et qui tend, dans son ensemble, à renforcer l'autorité de l'auteur invoqué : « *Dans sa thèse plusieurs fois couronnée, qui nous a été obligeamment communiquée par notre éminent ami, le doyen André Decocq, thèse soutenue devant la Faculté de droit de Lyon et publiée par la L.G.D.J. (Paris 1976) avec une préface du doyen Roger Nerson, Serge Guinchard écrivait [...]* ».

¹¹²⁵ Cette distinction entre *arguments directs* et *arguments indirects* ne doit pas être exagérée parce que tout argument constitue, d'une certaine manière, une preuve indirecte. Par exemple, lorsque l'on tente d'établir une opinion par le caractère favorable ou défavorable de ses conséquences, c'est-à-dire par un argument pragmatique, l'on ne prouve pas « directement » à proprement parler (sur l'« argument pragmatique », v° *infra*, n°). L'on prouve par l'intermédiaire des conséquences de l'opinion. Il reste que ce type de preuve est beaucoup plus direct que celui qui passe par la qualité de la source de l'opinion, c'est-à-dire par ce que nous avons appelé un argument indirect. A y regarder de prêt la preuve absolument directe par un argument paraît impossible. V. dans le même sens au sujet de la preuve juridique des faits, F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, op. cit.,

porte pas directement sur opinion que l'on soutient soi-même, mais sur sa source dont la valeur est reconnue. Aussi définirons-nous, d'une manière tout à fait générale, l'argument d'autorité comme *l'argument qui consiste à justifier la valeur d'une opinion en démontrant que cette même opinion émane déjà d'une source dont la valeur est admise*. En conséquence, *le test des autorités consiste à corroborer une hypothèse juridique en démontrant qu'elle fut déjà préconisée par une source dont la valeur est reconnue*.

S'il est possible de distinguer ainsi entre les arguments d'autorité (indirects) et les autres arguments (directs), nous ne souscrivons pas pour autant à l'idée que ces deux types d'arguments soient antinomiques. Or, c'est précisément une telle antinomie que suggère la distinction traditionnelle entre arguments d'autorité et arguments de raison. Cette distinction, nous la récusons.

C. – LE REJET DE LA DISTINCTION ENTRE ARGUMENTS D'AUTORITÉ ET ARGUMENTS DE RAISON

617. C'est un lieu commun que d'opposer la raison à l'autorité¹¹²⁶ et les arguments de raison aux arguments d'autorité¹¹²⁷. Pour nous en tenir seulement à cette dernière dissociation, celle-ci nous paraît erronée. Comme l'écrit Rogelio PEREZ PERDOMO, « *en dernière instance, ce qui donne de l'autorité au jugement d'une personne, c'est la possibilité de lui trouver des raisons. Si nous ajoutons foi à une opinion du Tribunal de la Haye en matière de droit international, ou d'Einstein en physique, nous estimons qu'elle repose sur de*

n° 579, p. 473 : « *la présomption n'est pas d'une autre nature que les preuves directes : la preuve absolument directe est une illusion et l'on sait que la réalité, objet de tout effort de preuve, est toujours cernée mais jamais atteinte. L'incertitude de la présomption est simplement plus forte, en degré, que celle de la preuve directe* ».

¹¹²⁶ En ce sens, v. p. ex. G. HAARSCHER, « Autorité et raison en philosophie », in *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Bruxelles, éd. Nemesi, P. VASSART (études publiées par), G. HAARSCHER, L. INGBER, R. VANDER ELST (sous la dir. de), 1988, p. 248. Très justement, à notre sens, cet auteur montre le caractère caricatural de l'opposition entre raison et autorité. C'est que ces deux concepts « *débordent en quelque sorte l'un sur l'autre* » (p. 250). « *Il n'y a pas d'autorité sans "argumentation", donc d'usage de la raison, fût-ce au départ seulement, et pour en exclure l'usage ultérieur ; il n'y a pas de raison sans autorité, au sens où nous ne pouvons tout vérifier nous-mêmes, et où, l'urgence de la décision constituant un phénomène incontournable, il nous faut accepter sans justification une foule d'éléments* » (pp. 252-253).

¹¹²⁷ Il nous semble que l'opposition entre arguments de raison et arguments d'autorité ne se déduit nullement de l'opposition entre raison et autorité. Au contraire, l'idée même d'un *argument* d'autorité est incompatible avec l'idée d'une autorité « pure ». De fait, l'invocation de tout argument, fût-il d'autorité, est déjà une justification, consiste déjà à donner une raison.

bonnes raisons, dont la présence nous est garantie par l'éminence des auteurs, même si elles n'ont pas encore été exprimées. Mais s'il est prouvé que ces opinions sont erronées, leur valeur en tant que preuve doit être refusée »¹¹²⁸.

618. Nous souscrivons entièrement à la réflexion qui précède. De fait, non seulement la valeur de la source fait présumer la valeur de l'opinion elle-même, ainsi que nous l'avons déjà expliqué. Mais encore, le crédit reconnu à cette source, fait présumer que l'opinion repose sur des raisons crédibles. Autrement dit, la valeur de la source d'une affirmation fait présumer la présence de bonnes raisons qui la sous-tendent, même si, jusqu'à présent, ces raisons n'ont pas encore été exprimées. Mais s'il s'avère que de telles raisons font, en réalité, défaut ou que d'autres de meilleures s'y opposent, la présomption pourra être combattue par la preuve du contraire, c'est-à-dire par d'autres arguments, fussent-ils des arguments d'autorité tirés d'autres sources. La présomption établie par l'argument d'autorité est donc une présomption simple¹¹²⁹. MERLIN de Douai (1754-1838) nous apprend la même chose quand il affirme que « *la présomption est toujours pour ceux qui ont traité la matière à fond* »¹¹³⁰. C'est que l'opinion de ceux-là est présumée fondée sur de bonnes raisons, du moins jusqu'à preuve du contraire.

619. L'on ne saurait pas plus opposer, comme le fait M. TROPER, les arguments d'autorité aux arguments de raison, en affirmant que les premiers sont formulés par autrui alors que les seconds correspondent à une opération intellectuelle personnelle¹¹³¹. Bien sûr, l'invocation de l'argument d'autorité consiste à faire confiance à la pensée des autres. Avec

¹¹²⁸ R. PEREZ PERDOMO, « L'argument d'autorité dans le raisonnement juridique », *art. préc.*, n° 1, p. 228.

¹¹²⁹ G. HAARSCHER, « Autorité et raison en philosophie », *art. préc.*, p. 252. L'auteur écrit que l'« *on ne fera crédit aux autorités que de façon conditionnelle, elles bénéficieront, quand elles sont "bonnes", d'une présomption – mais réfragable comme telle – de véracité* ».

¹¹³⁰ MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Bruxelles, H. Tarlier Libraire-Éditeur, 5^{ème} éd., 1825-1828, v° « autorité, VII ». Que notre lecteur nous permette de citer tout ce passage plein de sagesse : « *Ce n'est pas qu'il soit défendu à un avocat de combattre ouvertement les opinions des jurisconsultes même les plus célèbres, lorsqu'il est en état de démontrer qu'ils ont donné dans l'erreur. Mais il faut que cette démonstration soit bien claire et bien établie : la présomption est toujours pour ceux qui ont traité la matière à fond. Les juges qui voient les choses sans partialité, se décident avec bien plus de confiance en suivant le sentiment d'un homme qui a les suffrages publics, qu'en suivant un avocat prévenu pour l'intérêt de son client* ».

¹¹³¹ Cet auteur écrit plus exactement qu'une proposition est « *fondée sur l'autorité si je la considère comme vraie (ou obligatoire dans le cas où il s'agirait d'une proposition normative), non parce que mon propre raisonnement m'y conduit, mais parce qu'elle a été formulée par un individu (ou un groupe d'individus) disposant d'une compétence spéciale, différente de la mienne. Elle est fondée sur la raison si [...] j'y suis conduit au terme d'une série d'opérations intellectuelles auxquelles je me suis moi-même livré* » (« Autorité et raison en droit public français », in *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit, op. cit.*, p. 103).

un peu de malice, on dira même avec MERLIN qu'« *il est toujours moins fâcheux de s'être trompé sur la foi d'autrui, que d'après ses propres lumières* »¹¹³². Mais, il n'en résulte pas moins que la dissociation entre raisonnement intrinsèque et raisonnement extrinsèque ne nous paraît pas décisive. C'est qu'« *en tout état de cause, celui qui invoque une autorité s'engage : il n'est pas d'argument d'autorité qui n'ait de répercussion sur celui qui l'emploie* »¹¹³³.

620. Enfin, l'opposition entre arguments de raison et d'autorité nous paraît encore devoir être rejetée, parce qu'elle ne tient pas compte du fait qu'il est hautement raisonnable de se servir d'arguments d'autorité. Non seulement ceux-ci sont, comme nous l'avons déjà souligné, d'un usage extrêmement fréquent dans l'argumentation, mais encore il s'avère absolument « *indispensable* »¹¹³⁴ d'y recourir. L'argument d'autorité, qui consiste à faire confiance à la pensée d'autrui, fonctionne, en effet, comme une « *délégation permanente de savoir* »¹¹³⁵. Nous ne pouvons, hélas, « *penser et vivre en vérifiant par nous-mêmes tout ce que les gens que nous estimons "fiabiles" déclarent et que nous acceptons* »¹¹³⁶. Renier l'argument d'autorité, revient à succomber à « *l'utopie d'un encyclopédisme généralisé* »¹¹³⁷ au « *fantasme de l'omnicompétence* »¹¹³⁸. Il en ressort finalement que « *l'argument d'autorité semble décidément incontournable, et qu'il vaut mieux le savoir que le dénier avec candeur et naïveté [...]* »¹¹³⁹.

Après cette étude de l'argument d'autorité dans le contexte de l'argumentation générale, passons au contexte, plus spécifique, de l'argumentation juridique.

¹¹³² MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, op. cit.*, v° « autorité, VIII »

¹¹³³ Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *op. cit.*, § 70, p. 413.

¹¹³⁴ B. BUFFON, *La parole persuasive, op. cit.*, p. 191.

¹¹³⁵ Ph. BRETON, *L'argumentation dans la communication, op. cit.*, p. 63.

¹¹³⁶ *Ibid.* L'auteur poursuit que « *le refus de l'argument d'autorité n'est pas sans rapport avec la folie paranoïaque, qui fait suspecter chacun d'accusations et de tromperies à notre égard* ».

¹¹³⁷ G. HAARSCHER, « Autorité et raison en philosophie », *art. préc.*, p. 255.

¹¹³⁸ *Ibid.*, p. 256.

¹¹³⁹ *Ibid.*

§ II – L'ARGUMENT D'AUTORITÉ DANS L'ARGUMENTATION JURIDIQUE

621. La plupart des auteurs juridiques qui se sont spécifiquement intéressés à l'argument d'autorité, semblent en mesurer l'importance toute particulière dans le domaine de l'argumentation juridique¹¹⁴⁰. Comme l'écrit FABREGUETTES, l'argument *ab auctoritate* « est celui qui est le plus fréquemment employé en matière judiciaire. On se réfère ainsi, en premier lieu à la doctrine ; et nombreux sont les auteurs, dont beaucoup sont justement réputés »¹¹⁴¹. À première vue, M. BERGEL paraît affirmer la même chose quand il remarque qu'« il faut tout d'abord souligner l'importance des arguments d'autorité tirés de la force obligatoire de la loi, des précédents judiciaires, des opinions de la doctrine ou de l'interprétation administrative »¹¹⁴². Pourtant, rien que ces deux citations laissent déjà entrevoir toute l'ambiguïté tenant à l'utilisation du concept d'« argument d'autorité » dans le contexte juridique.

622. C'est que le droit, pour reprendre la formule d'un auteur, est « à base d'autorité »¹¹⁴³. Or, ce constat ne doit-il pas nous conduire, comme nous y invite M. BERGEL, à admettre que la loi elle-même est un vaste argument d'autorité ? « La meilleure autorité que l'on puisse employer dans sa cause est, notait MERLIN, [...] celle de la loi »¹¹⁴⁴. À l'opposé, des auteurs comme FABREGUETTES ou SAINT-ALBIN soutiennent que c'est seulement « quand la loi est douteuse [que] l'on a recours à ce qu'on appelle les autorités, c'est-à-dire aux arrêts, aux auteurs qui ont décidé la question »¹¹⁴⁵. Ainsi, pour les uns,

¹¹⁴⁰ En ce sens, v. J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, op. cit., pp. 150-151 ; M.-L. MATHIEU-IZORCHE, *Le raisonnement juridique*, op. cit., pp. 357 et s. ; P. FABREGUETTES, *La logique judiciaire et l'art de juger*, op. cit., pp. 386 et s. ; F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 2, op. cit., n° 150, pp. 53 et s. ; H. SAINT-ALBIN, *Logique judiciaire ou traité des arguments légaux*, op. cit., pp. 142 et s. ; MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, op. cit., v° « Autorité ». Il est cependant étonnant que PERELMAN n'en fasse pas état dans sa *Logique juridique* (op. cit.) tout en lui reconnaissant une « importance extrême » dans l'argumentation générale (Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, op. cit., § 70, p. 412).

¹¹⁴¹ P. FABREGUETTES, *La logique judiciaire et l'art de juger*, op. cit., pp. 386-387.

¹¹⁴² J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, op. cit., pp. 150-151.

¹¹⁴³ A. VAN WELKENHUYZEN, « Autorité et raison dans l'argumentation juridique », in *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Bruxelles, éd. Nemesis, P. VASSART (études publiées par), G. HAARSCHER, L. INGBER, R. VANDER ELST (sous la dir. de), 1988, p. 17.

¹¹⁴⁴ MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, op. cit., v° « Autorité, I ».

¹¹⁴⁵ H. SAINT-ALBIN, *Logique judiciaire ou traité des arguments légaux*, op. cit., p. 142.

l'application de loi¹¹⁴⁶ elle-même constituerait un argument d'autorité, en plus de la référence aux auteurs et à la jurisprudence, tandis que pour les autres l'argument d'autorité ne saurait intervenir qu'en cas d'insuffisance de la loi et ce sous la forme d'une référence à des opinions doctrinales ou à des décisions jurisprudentielles.

623. L'opposition ci-dessus n'est, à la vérité, qu'un prolongement de la distinction traditionnelle entre *autorités contraignantes* et *autorités non contraignantes*¹¹⁴⁷, entre autorités juridiques (*de jure*) et autorités morales (*de facto*)¹¹⁴⁸, entre autorités normatives et autorités persuasives¹¹⁴⁹. D'une manière générale, l'autorité non contraignante « *est celle qui sert de guide à l'enquête, elle ne prétend qu'à une valeur probatoire de l'ordre de la probabilité* »¹¹⁵⁰. En ce sens, elle correspond exactement à l'autorité telle que nous l'avons décrite dans le contexte de l'argumentation générale. Elle s'incarne, par excellence, dans l'idée traditionnelle d'une *communis opinio doctorum*, c'est-à-dire dans l'« *opinion commune des personnes sages et expérimentées* »¹¹⁵¹, dans celle d'une doctrine unanime ou majoritaire. L'autorité contraignante, au contraire, « *possède une valeur probatoire absolue* »¹¹⁵². Il s'agit de l'« *autorité de l'État, du pouvoir souverain, de celui qui détient le commandement* »¹¹⁵³. En termes de présomption, on dira que celle-ci est irréfragable, c'est-à-dire non susceptible de discussion. L'exemple typique de l'autorité contraignante est celui de l'autorité de la loi qui

¹¹⁴⁶ Rappelons peut-être que nous entendons le terme « loi » en un sens matériel, c'est-à-dire en un sens large englobant toutes les règles de droit reconnues comme obligatoires par les organes chargés d'en imposer l'application.

¹¹⁴⁷ En ce sens, R. PEREZ PERDOMO, « L'argument d'autorité dans le raisonnement juridique », *art. préc.*, n° 5, p. 234. L'auteur cite également la terminologie médiévale distinguant entre autorité *necessariae* et *probabiles* (*ibid.*).

¹¹⁴⁸ En ce sens, v. J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, op. cit.*, n° 142, p. 267 ; A. VAN WELKENHUYZEN, « Autorité et raison dans l'argumentation juridique », *art. préc.*, p. 18. Un autre auteur distingue encore entre un « *concept fort d'autorité* » et un « *concept faible d'autorité* » (E. PATTARO, « Les principes généraux du droit entre raison et autorité », in *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit, op. cit.*, p. 273).

¹¹⁴⁹ En ce sens, v. Ch. N. FRAGISTAS, « Les précédents judiciaires en Europe continentale », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. 2, *Droit comparé, Théorie générale du droit et droit privé*, Paris, Dalloz & Sirey, 1960, p. 142.

¹¹⁵⁰ R. PEREZ PERDOMO, « L'argument d'autorité dans le raisonnement juridique », *art. préc.*, n° 5, p. 234.

¹¹⁵¹ E. PATTARO, « Les principes généraux du droit entre raison et autorité », *art. préc.*, p. 273.

¹¹⁵² R. PEREZ PERDOMO, « L'argument d'autorité dans le raisonnement juridique », *art. préc.*, n° 5, p. 234.

¹¹⁵³ E. PATTARO, « Les principes généraux du droit entre raison et autorité », *art. préc.*, p. 273.

s'impose, notamment, au juge¹¹⁵⁴.

624. Ces précisions apportées, l'on comprend que les auteurs qui admettent la loi au titre des arguments d'autorité, entendent cette autorité à la fois comme autorité contraignante et non contraignante, tandis que les autres réservent l'argument d'autorité aux seules autorités non nécessaires. Nous ne contestons pas que cette opposition pose une vraie difficulté consistant à savoir si l'idée d'un ordre, c'est-à-dire d'une disposition coercitive, est compatible avec l'idée même d'argument¹¹⁵⁵. C'est que, par définition, « *l'usage de l'argumentation implique que l'on a renoncé à recourir uniquement à la force, que l'on attache du prix à l'adhésion de l'interlocuteur, obtenue à l'aide d'une persuasion raisonnée, qu'on ne le traite pas comme un objet, mais que l'on fait appel à sa liberté de jugement* »¹¹⁵⁶. Le caractère obligatoire de la loi et la liberté d'adhésion inhérente à l'idée même d'argument semblent dès lors exclure la reconnaissance d'un argument d'autorité contraignante. Dans ces conditions, la loi ne saurait être qualifiée d'argument d'autorité. Et pourtant, les juristes se battent à coups d'arguments tirés de la loi. Le paradoxe semble insurmontable.

625. Selon nous, l'autorité contraignante est effectivement incompatible avec l'idée d'argumentation qui implique nécessairement la liberté de ne pas adhérer aux arguments avancés¹¹⁵⁷. L'ordre s'oppose à l'argument, parce que l'ordre exclut la discussion et donc l'argumentation. Par conséquent, selon nous, quand le juge applique aux faits la règle de droit qui leur est applicable, il n'est pas en train d'argumenter. Cela dit, il convient de rappeler tout de suite le type de difficultés étudié dans le présent travail. Toute notre interrogation porte sur la manière de résoudre des problèmes de droit. Par définition, nous nous interrogeons donc sur des cas de figure où la « *la loi est douteuse* », pour reprendre la formule de SAINT-

¹¹⁵⁴ L'autorité est encore contraignante quand elle peut être associée à « *un être parfait* » qui « *passe pour ne pas pouvoir se tromper* », comme cela peut être le cas de Dieu (R. PEREZ PERDOMO, « L'argument d'autorité dans le raisonnement juridique », *art. préc.*, n° 6, p. 235).

¹¹⁵⁵ Pour PEREZ PERDOMO, « *le caractère contraignant de la loi ne se discute pas en général ; en revanche, ce qui est beaucoup plus discutabile, c'est qu'il s'agisse d'une auctoritas au sens propre du mot* » (*ibid.*, n° 7, p. 237).

¹¹⁵⁶ Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, *op. cit.*, § 13, p. 73.

¹¹⁵⁷ *Contra*, R. PEREZ PERDOMO, « L'argument d'autorité dans le raisonnement juridique », *art. préc.*, n° 8, p. 239. L'auteur considère que la loi n'est pas seulement un ordre contraignant, mais qu'« *elle est aussi revêtue d'une certaine rationalité, que lui confère le prestige du législateur, c'est-à-dire qu'elle doit être considérée comme un ordre doté d'auctoritas. Nous pouvons donc affirmer que le recours à la loi équivaut à un argument d'autorité* » (p. 239). Cette réflexion n'emporte pas notre conviction pour la raison indiquée ci-dessus suivant laquelle, l'ordre fût-il rationnel, exclut l'argumentation et donc l'argument.

ALBIN citée plus haut¹¹⁵⁸. Par conséquent, puisqu'il se pose un problème de droit, qu'il soit de qualification, d'obscurité, de conflit ou de lacunes, la loi n'ordonne rien par rapport au problème précis qui se pose¹¹⁵⁹. C'est pour cette raison qu'il nous paraît quand même possible d'invoquer un argument d'autorité tiré de la loi, car celle-ci, dans le contexte que nous venons de préciser, ne fournit pas de solution directe qui serait contraignante. Notre réponse se veut dès lors nuancée. En tant que telle la loi n'est pas un argument. Cependant, quand elle est insuffisante, il est possible d'en tirer des arguments d'autorité, puisque, par hypothèse, elle n'ordonne rien au regard du problème de droit qui se pose.

626. Une dernière précision. Jusqu'à présent, nous avons traité l'argument d'autorité comme une preuve en faveur de la solution d'un problème de droit. C'est en ce sens, d'ailleurs, que nous étudierons sans tarder les divers arguments d'autorités invoqués à l'appui des hypothèses juridiques. Cependant, dans le raisonnement juridique, l'argument d'autorité ne fonctionne pas seulement comme une preuve du droit, mais également comme une preuve du fait. Il en va ainsi typiquement de la preuve testimoniale¹¹⁶⁰ où l'autorité du témoin se fonde sur une expérience ponctuelle qu'il a vécue¹¹⁶¹. Mais comme annoncé, nous nous en tiendrons à la preuve du droit.

Après la théorie, la pratique.

SECTION II

LA DIVERSITÉ DES ARGUMENTS d'AUTORITÉ

Les arguments d'autorité invoqués par les magistrats à l'appui de leurs hypothèses sont de nature fort variable. Sans nullement prétendre à l'exhaustivité, nous proposons ici un échantillon d'arguments-type. Dans l'ordre, nous examinerons l'autorité de la doctrine (§ I),

¹¹⁵⁸ Sur ce point, v. *supra*, n° 622.

¹¹⁵⁹ Sur les différents problèmes de droit (obscurité, conflit de lois, lacune, qualification) qui ne sont que des variantes d'un seul et même problème d'interprétation, v. *supra*, n° 271.

¹¹⁶⁰ En ce sens, v. R. PEREZ PERDOMO, « L'argument d'autorité dans le raisonnement juridique », *art. préc.*, n° 5, p. 234.

¹¹⁶¹ En ce sens, v. p. ex. Ph. BRETON, *L'argumentation dans la communication*, *op. cit.*, 65.

l'autorité du législateur (§ II), l'autorité de l'histoire et de la tradition (§ III) et l'autorité du sens littéral (§ IV).

§ I – L'AUTORITÉ DE LA DOCTRINE

627. Très souvent, l'argument d'autorité consiste à faire appel à la « doctrine ». C'est d'ailleurs sous cette forme que l'argument d'autorité semble le mieux connu dans la pensée juridique. De fait, tous les auteurs – et donc même ceux qui ne s'intéressent pas à l'argument d'autorité en tant que tel – semblent qualifier la doctrine d'« autorité »¹¹⁶². Terme polysémique, le *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri Capitant définit la « doctrine » notamment comme l'« *opinion communément professée par ceux qui enseignent le Droit (communis opinio doctorum), ou même ceux qui, sans enseigner, écrivent sur le Droit* »¹¹⁶³. Cependant, l'opinion doctrinale est loin d'être toujours une opinion unanime, ni même majoritaire. Il arrive, qu'« *un seul peut faire autorité* »¹¹⁶⁴.

628. Les raisonnements des magistrats français sont, à proprement parler, truffés d'arguments prenant appui sur l'opinion des auteurs. Cette situation contraste avec celle de la common law où, « *jusqu'à une époque très récente, les juges [...] considéraient la citation d'un auteur vivant comme étant inconvenante* »¹¹⁶⁵. Même si aujourd'hui cette attitude négative à l'égard des auteurs de doctrine est en train de changer¹¹⁶⁶, il nous faut admettre que nous n'avons guère rencontré des citations d'auteurs dans les décisions anglaises que nous avons étudiées. Aussi bien, nous en tiendrons-nous à la présentation d'arguments de doctrine invoqués par des juges français.

¹¹⁶² En ce sens, v. p. ex. J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, op. cit.*, n° 142, p. 267 et n° 151, p. 287 ; G. CORNU, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens, op. cit.*, n° 451 et n° 452, p. 195 ; F. TERRÉ, *Introduction générale au droit, op. cit.*, n° 197 et 199, p. 157 et p. 159.

¹¹⁶³ G. CORNU (sous la dir. de), *op. cit.*, v° « Doctrine ».

¹¹⁶⁴ G. CORNU, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens, op. cit.*, n° 452 p. 195.

¹¹⁶⁵ D. POIRIER, A.-F. DEBRUCHE, *Introduction générale à la common law*, Bruxelles, Bruylant, Éditions Yvon Blais, 3^{ème} éd., 2005, pp. 130-131.

¹¹⁶⁶ En ce sens, v. *ibid.*, p. 131.

629. En voici un exemple tiré de ce que nous appelons « l'histoire de l'enfant né handicapé ». Cette « histoire » est tirée de deux affaires aux faits similaires, l'une française, l'autre anglaise. La première était tranchée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 17 novembre 2000 – il s'agit du désormais célèbre arrêt *Perruche*¹¹⁶⁷ – tandis que la seconde fut jugée par la *Court of Appeal* d'Angleterre le 19 février 1982 dans l'arrêt *McKAY and another v Essex Area Health Authority and another*¹¹⁶⁸. Dans les deux cas d'espèce une rubéole avait été contractée par une mère pendant sa grossesse. Mais des erreurs de diagnostic, constitutives d'une faute médicale, commises aussi bien par le médecin de la mère que par un laboratoire d'analyses avaient fait croire à tort à la mère qu'elle était immunisée. Or, la mère avait clairement manifesté sa volonté, en cas d'atteinte rubéolique, de recourir à une interruption volontaire de grossesse. N'ayant pas été correctement informée, la mère ne put exercer sa faculté d'avortement. Elle mena à terme sa grossesse et mit au monde un enfant lourdement handicapé. L'action en réparation discutée dans ces deux affaires n'était pas celle que les parents exerçaient en leur nom personnel. Il s'agissait, au contraire, de celle qu'ils exerçaient au nom de leur enfant, c'est-à-dire de l'action en réparation de l'enfant lui-même.

630. L'essentiel de l'argumentation des magistrats dans cette affaire portait sur la question de savoir si l'enfant pouvait exercer une action en réparation du fait d'être né infirme, c'est-à-dire, pour utiliser la formule anglaise, s'il pouvait exercer une action en *wrongful life*. Cette problématique n'est pas évidente toutefois. Elle n'apparaît véritablement que si l'on admet que c'est exclusivement la rubéole qui a causé le handicap de l'enfant. Dans cette optique, les fautes médicales, étrangères à la rubéole et donc au handicap, ont seulement conduit à la naissance de l'enfant, puisqu'elles ont empêché la mère d'avorter. Dès lors, si l'on veut indemniser l'enfant d'un quelconque préjudice causé par les fautes médicales, il faut considérer que la vie elle-même peut constituer un préjudice, lorsqu'elle est, comme c'est le cas en l'espèce, handicapée. Dans cette logique, il convient d'ajouter que si la vie handicapée peut s'analyser en un préjudice réparable, c'est que l'enfant était titulaire d'un droit de ne pas naître handicapé. On le voit, la problématique de l'admission ou non de l'action en *wrongful life* ne se manifeste que si l'on rejette l'existence d'un lien causal entre les fautes médicales et

¹¹⁶⁷ Ass. plén., 17 nov. 2000, *J.C.P.* 2000.II.10438, rapp. P. SARGOS, concl. contraires J. SAINTE-ROSE, note F. CHABAS.

¹¹⁶⁸ Cour d'appel d'Angleterre, 19 févr. 1982, *The All England Law Reports*, 1982.771.

le handicap de l'enfant¹¹⁶⁹. Au contraire, si l'existence d'un tel lien était reconnu – ce qui ne nous paraît nullement convaincant –¹¹⁷⁰, l'on tomberait dans une action en responsabilité tout à fait banale où l'auteur de la faute aurait à répondre du dommage qu'il a directement causé.

631. En nous tenant, pour l'instant, à la décision française de « l'histoire », rappelons qu'en droit français, un préjudice, pour être réparable, doit être un préjudice « légitime »¹¹⁷¹. L'on pouvait donc se demander si le fait de naître, fût-ce avec un handicap, pouvait être qualifié comme un préjudice légitime. La réponse affirmative à cette question revient à reconnaître l'existence de l'action de vie préjudiciable visant à indemniser l'enfant pour le préjudice de sa naissance. En même temps, la reconnaissance de cette action et de la légitimité du dommage aboutissent à consacrer un « droit de naître "normal" »¹¹⁷² ou un « droit de ne pas naître malformé et handicapé »¹¹⁷³. Deux hypothèses juridiques étaient ainsi envisageables, même s'il était possible de les formuler de plusieurs manières :

¹¹⁶⁹ M. l'Avocat général SAINTE-ROSE écrit ainsi que « l'enfant qui souffre de multiples maladies et affections est lourdement handicapé. Tel est son préjudice effectif, aggravé par l'absence de soins palliatifs médicaux en l'état des données de la science. La cour d'appel a aussi constaté l'évidence : les fautes médicales n'ont pas provoqué le handicap. Celui-ci étant congénital (ou génétique) n'a pas d'auteur. Il n'existe et n'est subi par l'enfant que parce que celui-ci est né au lieu d'être mort. Il est inhérent à sa personne. C'est donc bien, comme l'avait compris la doctrine, la naissance et la vie même de l'enfant qui constituent le préjudice dont il est demandé réparation [...]. Autrement dit, l'action exercée en son nom tend à l'indemniser du fait de ne pas avoir été avorté » (concl. préc., p. 2306, col. droite)

Dans l'arrêt *MacKay* le juge STEPHENSON raisonne de la même manière : « cet enfant n'a pas été blessé par aucun des défendeurs, mais par la rubéole qui a contaminé la mère sans faute de la part de qui que ce soit. Son droit de ne pas être blessé avant la naissance par la négligence d'autrui n'a été violé par l'un quelconque des défendeurs, pas plus que cela aurait été le cas s'il avait été handicapé par une maladie après sa naissance. Le seul droit sur lequel l'enfant pourrait se fonder comme ayant été atteint, est un droit de ne pas naître malformé et handicapé, ce qui veut dire pour un enfant malformé et handicapé avant sa naissance par la nature ou la maladie, un droit d'être avorté ou tué [...] » (arrêt préc., p. 779, h).

¹¹⁷⁰ Telle est pourtant la position de M. le Conseiller rapporteur SARGOS : « le médecin et le laboratoire devaient donner à Mme X grâce au séro-diagnostic de la rubéole, une information lui permettant d'exercer le choix qu'elle avait de recourir à une IVG si elle présentait une rubéole en cours. Et l'exercice de ce choix, expression de sa liberté personnelle et discrétionnaire [...], a été empêché par l'erreur commise. Le handicap de l'enfant apparu peu après sa naissance est donc bien la conséquence directe de la faute commise par le médecin et le laboratoire puisque sans cette faute il n'y aurait pas eu de handicap. Il n'y aurait pas non plus eu de vie, mais cette conséquence [...] est sans incidence sur l'apparition du lien de causalité entre la faute commise par le médecin et le laboratoire en manquant à leur obligation contractuelle telle qu'elle vient d'être précisée – à savoir donner à Mme X les éléments lui permettant, pour empêcher le handicap, de recourir à une IVG – et le dommage apparu, c'est-à-dire le handicap de l'enfant » (rapp. préc., p. 2299, col. droite).

¹¹⁷¹ Il s'agit de la transposition dans le droit de la responsabilité d'une règle de droit processuel (art. 31 NCPC) : « L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention [...] ».

¹¹⁷² J. SAINTE-ROSE, concl. préc., p. 2307, col. gauche.

¹¹⁷³ STEPHENSON, arrêt préc., v. supra, note n° 1169.

- *le droit de la responsabilité admet l'action en wrongful life (ou la vie infirme de l'enfant doit être qualifiée préjudice « légitime » et donc « réparable » ou l'enfant est titulaire d'un droit de naître « normal ») ;*
- *le droit de la responsabilité n'admet pas l'action en wrongful life (ou la vie infirme de l'enfant ne doit pas être qualifiée préjudice « légitime » et n'est donc pas « réparable » ou l'enfant n'est pas titulaire d'un droit de naître « normal »).*

632. L'Avocat général, M. SAINTE-ROSE, prônait le rejet de l'hypothèse d'admission de l'action de vie préjudiciable. En l'espèce, il invoquait un argument d'autorité à facettes multiples¹¹⁷⁴ :

À l'interrogation qui est au cœur du débat, **la doctrine a, très majoritairement,** apporté une réponse négative. Mais on citera d'abord **Mme V. Péresse** pour qui « un enfant ne peut pas se plaindre d'être né tel qu'il a été conçu par ses parents, même s'il est atteint d'une maladie incurable ou d'un défaut génétique, dès lors que la science médicale n'offrait aucun traitement pour le guérir *in utero*. **Affirmer l'inverse serait juger qu'il existe des vies qui ne valent pas la peine d'être vécues** et imposer à la mère une sorte d'obligation à recourir, en cas de diagnostic alarmant, à une interruption de grossesse ». (nous soulignons)

633. L'argument d'autorité ci-dessus est riche en enseignements. Il illustre tout d'abord le recours à la *communis opinio doctorum*, à la doctrine majoritaire, dont il vient d'être question. Ensuite, l'argument évoque l'opinion d'un auteur particulier, en l'espèce, celle de Mme PÉCRESSE. Or, l'opinion de cet auteur est elle-même argumentée. Autrement dit, l'Avocat général invoque non seulement l'opinion d'un auteur mais encore la justification de cette opinion qui, en l'occurrence, procède d'une argumentation par l'absurde (« affirmer l'inverse serait juger... »)¹¹⁷⁵. Aussi sommes-nous en présence d'une argumentation dans l'argument ou d'une imbrication d'arguments, phénomène que nous avons déjà eu l'occasion de signaler¹¹⁷⁶. De surcroît, cette imbrication permet encore une fois d'insister sur le caractère caricatural de l'opposition entre arguments de raison et arguments d'autorité. Pour la faire vaciller, il suffit, en effet, d'invoquer l'opinion d'autrui avec la justification que l'auteur en a

¹¹⁷⁴ J. SAINTE-ROSE, *concl. préc.*, p. 2306, col. gauche.

¹¹⁷⁵ Sur l'« argumentation par l'absurde », v. *infra*, n° 831.

¹¹⁷⁶ Sur ce point, v. *supra*, n° 541.

donnée.

634. Il ne nous semble pas vraiment utile de multiplier encore les illustrations de ce type d'argument d'autorité, tellement son usage pratique est avéré. C'est la raison pour laquelle nous nous bornerons à en citer un dernier petit exemple emprunté aux conclusions de l'Avocat général CABANNES dans l'« histoire des fresques »¹¹⁷⁷. Sans entrer dans le détail du raisonnement, nous mentionnerons simplement le passage suivant¹¹⁷⁸ :

C'était l'opinion de **Planiol** et **Ripert** et, même avec des nuances, celle d'**Aubry** et **Rau**, qui avaient inspiré pour partie un arrêt de la chambre des requêtes du 23 mai 1926 (D.P. 1928.1.16).

C'est encore l'opinion du doyen **Carbonnier**, que cite M. **Maury** dans sa note.

C'est toujours l'**opinion commune** et les solutions du droit positif vont *toujours* dans ce sens. (nous soulignons)

635. En l'espèce, l'Avocat général invoque d'abord l'opinion de certains auteurs anciens et actuels, avant de se prévaloir encore une fois de la *communis opinio doctorum*. Passons à un autre argument d'autorité.

§ II – L'AUTORITÉ DU LÉGISLATEUR

636. Nous examinerons l'autorité du législateur dans deux de ses manifestations¹¹⁷⁹. Il s'agit de l'autorité des travaux préparatoires et de ce que nous avons choisi d'appeler l'autorité des textes. Mais avant d'entrer dans le vif des illustrations, il nous semble important de répondre à une question préalable. En quoi l'autorité du législateur consiste-t-elle ? En étudiant la notion d'argument d'autorité, nous avons vu que l'autorité invoquée est une qualité ou une valeur. Et actuellement, avons-nous ajouté, le fondement le plus communément reconnu de l'autorité est la compétence de l'auteur d'une opinion. À la même occasion, nous

¹¹⁷⁷ Ass. Plén., 15 avril 1988, D. 1988.325, concl. J. CABANNES, note, J. MAURY ; J.C.P. 1988.II.21066, rapp. GRÉGOIRE.

¹¹⁷⁸ J. CABANNES, *concl. préc.*, p. 328, col. gauche.

¹¹⁷⁹ Sur la complexité du concept de « législateur », v° *supra*, n° 448.

avons expliqué que l'argument d'autorité ne saurait s'appuyer sur la contrainte puisque celle-ci est incompatible avec l'idée même d'argument qui suppose la discussion. Or, l'ordre ne se discute pas ; l'autorité contraignante exclut l'argumentation. De ces considérations il résulte que l'autorité du législateur, lorsqu'elle est invoquée dans un argument, ne saurait consister en son pouvoir institutionnel d'édicter des normes contraignantes.

637. L'autorité du législateur nous semble bien plus provenir de ce « *postulat de rationalité du législateur* » qui est à l'œuvre dans toute interprétation juridique et suivant lequel nous estimons que « *le législateur est cohérent, prévoyant, équitable, qu'il adopte le mieux les moyens aux fins, qu'il ne fait rien d'inutile* »¹¹⁸⁰. Autrement dit, comme pour les autres arguments d'autorité, les arguments qui s'appuient sur l'autorité du législateur se fondent sur sa compétence intellectuelle d'édicter des normes. Il reste que le postulat de rationalité du législateur aboutit à l'« *hypostase* »¹¹⁸¹ de l'autorité du législateur, puisque la rationalité à l'œuvre dans l'élaboration de la loi doit être reconnue par le juge, même si, le cas échéant, celle-ci ne représente qu'un travail médiocre. Le juge est donc obligé, en quelque sorte, de reconnaître la rationalité, la compétence intellectuelle ou la sagesse du législateur en raison de la seule fonction occupée par celui-ci.

638. L'autorité du législateur s'impose donc au juge, mais d'une manière peut-être différente de celle à laquelle on aurait pensé dans un premier temps. C'est que l'autorité du législateur invoquée dans un argument ne correspond pas à son pouvoir d'imposer des normes contraignantes, mais en une qualité intellectuelle et rationnelle que le juge doit obligatoirement reconnaître dans l'œuvre législative. Passons aux argumentations pratiques.

A. – L'AUTORITÉ DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DE LA LOI

639. Le recours aux travaux préparatoires correspond à l'une des méthodes

¹¹⁸⁰ F. OST, « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », *art. préc.*, p. 109.

¹¹⁸¹ D'une manière générale, il y a hypostase de l'autorité quand celle-ci « *ne dépend plus de la dignité de la personne en soi, mais qu'elle est fonction de la place occupée par cette personne. L'auctoritas du pape est un exemple typique* » (R. PEREZ PERDOMO, « L'argument d'autorité dans le raisonnement juridique », *art. préc.*, n° 6, p. 236). En bref, l'autorité hypostasiée est une autorité accolée à une fonction, non à une compétence.

traditionnelles de l'interprétation juridique. Et l'on sait également le reproche adressé à ces actes préparatoires accusés d'être « *souvent contradictoires* »¹¹⁸² et de ne « *servir qu'à appuyer les opinions divergentes des interprètes* »¹¹⁸³. Nous ne discuterons pas de ces critiques qui ont trait à la valeur qu'il convient ou non de reconnaître au travail des parlementaires. Une discussion sérieuse exigerait des recherches bien trop approfondies pour le peu de place que nous accordons ici à l'« argument des travaux préparatoires »¹¹⁸⁴. En l'occurrence, notre seule ambition consiste à en illustrer l'emploi comme argument d'autorité¹¹⁸⁵.

640. En présentant l'argument d'autorité dans le contexte de l'argumentation générale, nous avons mis en lumière le procédé du renforcement de l'autorité¹¹⁸⁶. Pour l'illustrer, nous avons cité les conclusions du Procureur général DUPIN dans l'« histoire du forçat » s'appliquant à renforcer l'autorité de PORTALIS rédacteur de l'exposé des motifs du projet de Code civil¹¹⁸⁷. Rappelons que le Procureur général raisonnait en vue de rejeter l'hypothèse d'interprétation large de l'expression « erreur dans la personne ». Celle-ci aurait englobé dans sa signification, outre les erreurs sur l'identité physique de la personne, celles portant sur ses qualités essentielles. En voici la réfutation appuyée sur l'autorité des travaux

¹¹⁸² J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, op. cit., p. 242.

¹¹⁸³ H. CAPITANT, « L'interprétation des lois d'après les travaux préparatoires », *D. H.*, 1935.78 ; du même auteur, v. « Les travaux préparatoires et l'interprétation des lois », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, tome II, Paris, Sirey, 1935, p. 204 et s. L'auteur fait une critique radicale de cette méthode d'interprétation en affirmant notamment que « *cette méthode est condamnée par l'expérience, car jamais elle n'a donné de bons résultats* » (p. 77). Il se pose en particulier la question suivante : « *comment pourrait-on trouver des éclaircissements ou des directions dans des délibérations d'où sortent des textes obscurs* » (p. 78) ? Cette interrogation n'est pas sans rappeler cet « attendu » attribué par la tradition orale au juge de paix du canton de Saint-Vith situé dans les Ardennes belges : « *Attendu que la loi est obscure ; que ce serait aller à l'encontre de l'intention du législateur que de lui donner un sens* » (cité par P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, op. cit., n° 238, p. 350).

¹¹⁸⁴ Pour une discussion en ce sens, v. M. COUDERC, « Les travaux préparatoires de la loi ou la remontée des enfers », *D. chr.* 1975.249. Un élément intéressant dans le débat sur la valeur des travaux parlementaires nous semble provenir du droit anglais. En effet, Henri CAPITANT, pour sa critique cinglante, s'était inspiré du système anglais interdisant traditionnellement le recours aux travaux préparatoires dans l'interprétation des lois. Or, ce système a été abandonné en Angleterre depuis l'arrêt *Pepper v Hart* ([1993] A.C. 593) de la House of Lords. A cette occasion, Lord GRIFFITHS faisait remarquer : « *Why then cut ourselves off from the one source in which may be found an authoritative statement of the intention with which the legislation is placed before Parliament* » ? (cité par K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 3. Auflage, 1996, § 18, III, p. 261).

¹¹⁸⁵ En ce sens, v. p. ex., J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, op. cit., p. 242.

¹¹⁸⁶ Sur ce point, v. *supra*, n° 613.

¹¹⁸⁷ Ch. réunies, 24 avril 1862, *Berthon*, S. 1962.1.341, concl. DUPIN. Pour l'exposé du détail de « l'histoire », v. *supra*, n° 188.

préparatoires, et plus exactement sur l'exposé des motifs du projet de Code civil rédigé par PORTALIS¹¹⁸⁸ :

Or, voici comment Portalis s'exprime sur l'article des nullités : « Dans le projet que nous présentons, nous avons appliqué à chaque nullité les règles qui lui sont propres... S'il n'y a point de véritable consentement lorsqu'il n'y a point de liberté, il n'y a point non plus de consentement véritable quand il y a erreur. **L'erreur en matière de mariage ne s'entend pas d'une simple erreur sur les qualités, la fortune ou la condition de la personne à laquelle on s'unit ; mais d'une erreur qui aurait pour objet la personne même** (nous soulignons). Mon intention déclarée était d'épouser une telle personne ; on me trompe, ou je suis trompé par un concours de circonstances, et j'en épouse une autre qui lui est substituée à mon insu et contre mon gré : le mariage est nul. Mais, dans ce cas, l'action ne compète qu'à moi, parce qu'elle ne peut compéter qu'à l'époux qui a été induit en erreur ».

641. En l'occurrence, l'argument d'autorité tiré des travaux préparatoires permet aisément de rejeter l'hypothèse d'interprétation large, puisque les travaux préparatoires cités et rédigés par le plus illustre des rédacteurs du Code civil réfutent eux-mêmes, d'une manière évidente, cette hypothèse. Prenons encore un autre exemple, cette fois-ci plus récent. Il concerne l'interprétation à donner à l'expression « *faute inexcusable* » contenue dans la loi du 5 juillet 1985 relative aux accidents de la circulation. D'après l'article 3, alinéa 1, de cette loi, l'indemnisation de la victime est exclue lorsque l'accident est exclusivement dû à la « *faute inexcusable* » de celle-ci¹¹⁸⁹. Mais que signifie « *faute inexcusable* » au sens de la loi de 1985 ? C'est à cette question qu'a tenté de répondre M. l'Avocat général BOUYSSIC dans ces conclusions prises pour un arrêt rendu le 20 juillet 1987 par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation¹¹⁹⁰. La question précise qui préoccupait l'Avocat général consistait à savoir s'il convenait ou non d'adopter la même définition que celle retenue, par la Cour de cassation, pour la « *faute inexcusable* » en matière d'accidents de travail¹¹⁹¹. L'avocat général prônait

¹¹⁸⁸ DUPIN, *concl. préc.*, p. 348, col. droite.

¹¹⁸⁹ L'article 3, alinéa 1, dispose que « *les victimes, hormis les conducteurs de véhicules terrestres à moteur, sont indemnisées des dommages résultant des atteintes à leur personne qu'elles ont subies, sans que puisse leur être opposée leur propre faute à l'exception de leur faute inexcusable si elle a été la cause exclusive de l'accident* ».

¹¹⁹⁰ Civ. 2^{ème}, 20 juillet 1987, *GACIV*, N° 223 ; *R.* 1987.24, *concl.* BOUYSSIC.

¹¹⁹¹ En matière de législation du travail, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a interprété la notion de *faute inexcusable* comme « *une faute de gravité exceptionnelle, dérivant d'un acte ou d'une omission volontaire, de la conscience que devait avoir son auteur du danger qui pouvait en résulter et de l'absence de toute cause justificative* » (Ass. plén., 18 juillet 1980, cité par M. BOUYSSIC, *concl. préc.*, p. 25).

l'admission de cette définition générale tout en recommandant que son application fût soumise à « *une appréciation beaucoup plus rigoureuse* » qu'en droit du travail¹¹⁹². À l'appui de l'hypothèse d'admission de cette définition (rigoureuse), l'Avocat général invoquait notamment un argument tiré des travaux préparatoires suivi d'un argument appuyé sur l'autorité d'un auteur¹¹⁹³ :

Les **débats parlementaires** ne se réfèrent pas explicitement au droit des accidents du travail mais le **rapporteur de la loi**, Mme Gaspard, a déclaré que la notion « est empruntée au dispositions du droit du travail ». Le **garde des Sceaux** a été plus concret ; il a invoqué « le comportement asocial... » de la victime (Débats – Sénat, 1^{er} avril 1985/JO Débats, 11 avril, p. 184) et donné des exemples que nous pourrions confronter avec certaines affaires figurant au rôle de votre audience de ce jour.

Il ne s'agit donc pas d'une simple négligence, d'une inadvertance ou de l'inattention que l'on peut souvent reprocher au piéton. Le **professeur Ligier** que j'ai déjà cité (D. 1986, p. 100, n° 17 et s.) précise que « c'est un acte ou une omission qui provoque une réprobation générale, une répulsion au regard de la morale, au point que son auteur ne mérite pas le pardon... ». (nous soulignons)

642. Ces deux paragraphes, tels qu'ils se suivent, illustrent que l'argument des travaux préparatoires ne diffère pas, d'un point de vue argumentatif, de l'argument fondé sur l'autorité d'un professeur. Dans un cas comme dans l'autre, la valeur de la source fait présumer la valeur de la solution. Il est exact que les sources sur lesquelles s'appuient les arguments (le législateur, le professeur) ne possèdent peut-être pas le même poids ou la même valeur. Mais le schéma argumentatif reste le même dans les deux cas.

L'autorité du législateur peut encore prendre une autre forme.

¹¹⁹² *Ibid.*, p. 26.

¹¹⁹³ *Ibid.*, p. 27.

B. – L’AUTORITÉ DES TEXTES

643. Avant de développer ce point, il est important de rappeler, encore une fois, le contexte dans lequel nous raisonnons. Le point de départ de toute notre réflexion est celui d’un juge confronté à l’insuffisance de la loi : un problème de droit est à résoudre. Par conséquent, la loi ne fournit pas de réponse directe et contraignante à la question posée. C’est donc dans ce contexte d’insuffisance que nous traitons de l’argument de texte. Par contre, pour des raisons que nous avons expliquées ailleurs¹¹⁹⁴, nous ne pensons pas que l’application de la loi elle-même à une situation de fait donnée puisse être considérée comme un argument d’autorité. Sans paradoxe, nous affirmons dès lors que l’argument de texte joue précisément quand aucun texte ne fournit de réponse immédiate au problème soulevé.

644. Un premier exemple de ce type d’argument nous est fourni par les conclusions du Procureur général MATTER dans l’« histoire de la fille accidentée » (l’arrêt *Jand’heur*)¹¹⁹⁵. L’une des questions soulevées par cette « histoire » concernait la signification du mot « choses » contenu dans l’article 1384, alinéa 1, du Code civil¹¹⁹⁶. Ce mot signifiait-il uniquement les animaux et les immeubles visés par la suite aux articles 1385 et 1386 – ce qui aurait eu pour effet de faire de l’article 1384, alinéa 1, une simple annonce des textes qui le suivent ? Ou bien, ce mot possédait-il une signification plus large, conférant de ce fait une autonomie à l’article 1384, alinéa 1. Il suivait de cette interrogation une situation de choix entre deux hypothèses juridiques :

- *la signification du mot « chose » doit être limitée aux animaux et aux bâtiments en ruine* (hypothèse d’interprétation restrictive) ;
- *la signification du mot « chose » ne doit pas être limitée aux animaux et aux bâtiments en ruine* (hypothèse d’interprétation large).

645. Le Procureur général défendit l’hypothèse d’interprétation large en invoquant

¹¹⁹⁴ Sur ce point, v. *supra*, n° 625.

¹¹⁹⁵ Ch. réunies, 13 février 1930, *Jand’heur*, DP 1930.I.57, rapp. LE MARC’HADOUR, concl. P. MATTER, note Ripert ; GACIV, N° 193. Pour l’exposé du détail de l’« histoire », v. *supra*, n° 233.

¹¹⁹⁶ Rappelons que cet texte dispose que l’« on est responsable [...] du dommage que l’on cause par [...] le fait [...] des choses que l’on a sous sa garde ».

les autres textes du Code civil dans lesquels figure le mot « chose » sans que pour autant la signification de ce mot y soit limitée d'une quelconque manière¹¹⁹⁷ :

C'est un des termes les plus fréquemment en usage dans notre code civil. À le feuilleter, j'y ai retrouvé une centaine d'articles où ce terme est inscrit et dans les parties les plus différentes du code : au livre II « Des biens », dans l'art. 544 et suiv., et notamment celui-ci : « La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses » ; dans les dispositions du livre III, sur les modes d'acquisition de la propriété, comme dans chacun des titres spéciaux de ce livre. Dans le titre III, sur les « Contrats et obligations », une quarantaine d'articles emploient ce même mot « la chose ». « Tout contrat, dit l'art. 1126, a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire ». Et la même expression se retrouve une vingtaine de fois dans le titre « De la vente » ; autant, vingt fois exactement, dans le titre « Du louage », et je pourrais citer, l'un après l'autre, tout les chapitres de notre code.

Mais ce qu'il faut, dans toutes ces applications, relever, et avec le plus grand soin, c'est la généralité même des termes employés ; toujours, et sans cesse, partout, notre code civil donne au même terme « les choses », la compréhension la plus vague, la plus large, la plus étendue ; il le tient pour plus extensif même que le mot « biens » [...] (nous soulignons).

646. Ce passage illustre clairement notre pensée. En l'espèce, l'argument de texte sert à déterminer le sens du mot « chose » figurant à l'article 1384, alinéa 1. Développé, cet argument consiste à dire que le mot « chose » dans l'article 1384 doit être entendu sans limitation, parce que le même mot ne possède pas non plus cette limitation dans les autres textes figurant dans le Code civil¹¹⁹⁸. Par là même, on saisit le contexte d'intervention de l'argument de texte. Ni l'article 1384, ni aucune autre disposition du Code – du genre un article 1384 ½ -, ne définissent le mot « choses » au sens de l'article 1384, alinéa 1. La loi ne nous procure donc pas une règle contraignante de définition qui réponde directement à la question qui se pose. Par contre, d'autres textes proposent des réponses, mais de manière

¹¹⁹⁷ P. MATTER, *concl. préc.*, p. 66, col. gauche.

¹¹⁹⁸ Ce développement met également en lumière que l'argument que nous qualifions ci-dessus de texte, peut encore se comprendre autrement. Il peut aussi se lire de la manière suivante : dans tous ses emplois – et donc également dans celui de l'article 1384 al. 1 – le mot « chose » doit être entendu sans limitation, puisqu'il ne possède pas de limitation dans une centaine de dispositions éparpillées dans le Code civil. Sous cet angle, l'argument correspond à une *induction amplifiante* (sur l'induction, v. *infra*, n° 770) qui est un argument systématique, c'est-à-dire de cohérence (sur la cohérence, v. *infra*, n° 679 et s.).

médiane, en quelque sorte.

647. Prenons encore un autre exemple d'argument de texte emprunté à notre « affaire sur la supériorité des traités » et, plus précisément, à l'arrêt *Costa c. E.N.E.L.* rendu par la Cour de justice des communautés européennes le 15 juillet 1964¹¹⁹⁹. Cette affaire, l'on s'en souvient, posait le problème du conflit entre une norme de source communautaire et une norme de source nationale mais postérieure. Laquelle d'entre elles devait l'emporter ? La Cour de justice des communautés européennes se prévalait notamment d'un argument de texte (l'article 189 Traité de Rome¹²⁰⁰) pour corroborer l'hypothèse de la primauté du droit communautaire¹²⁰¹ :

[A]ttendu que la prééminence du droit communautaire est **confirmée par l'article 189** aux termes duquel les règlements ont valeur « obligatoire » et sont « directement applicables dans tout État membre » ; (nous soulignons)

que cette disposition, qui n'est assortie d'aucune réserve, serait sans portée si un État pouvait unilatéralement en annihiler les effets par un acte législatif opposable aux textes communautaires.

648. Le Traité de Rome ne contient pas de règle pour trancher le conflit entre une norme communautaire et une norme nationale qui lui est postérieure. Autrement dit, le Traité ne fournit pas de réponse directe au problème de droit qui se pose. Il reste que l'article 189, en énonçant l'effet direct des règlements communautaires, fournit une réponse médiane en faveur de l'hypothèse de la primauté. Il est exact que la force de cet argument de texte n'apparaît pleinement que s'il est combiné avec un autre argument, à savoir un « argument de l'effet utile »¹²⁰². En l'espèce, nous dit la Cour, l'hypothèse de la supériorité du droit national

¹¹⁹⁹ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, aff. 6/64, *Rec.* 1964.1179, concl. M. LAGRANGE. Pour l'exposé du détail de cette « histoire », v. *supra*, n° 430.

¹²⁰⁰ L'article 189, alinéa 2, dispose que « le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre ».

¹²⁰¹ *Arrêt préc.*, p. 1159-1160.

¹²⁰² L'« effet utile » « renvoie à une directive d'interprétation qui commande que l'interprète d'un acte juridique (loi, traité ou autre...) doit interpréter les dispositions de celui-ci de façon à leur donner un sens et un effet qui ne les rende pas inutiles. Cette directive d'interprétation repose fondamentalement sur la considération qu'en s'engageant les auteurs d'un acte juridique ont commis un acte intentionnel visant à un certain effet ; et ainsi on ne peut supposer qu'ils aient commis quelque chose d'inutile » (J.-D. MOUTON, « Effet utile », in *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, A. BARAV, C. PHILIP (sous la dir. de), Paris, PUF, 1993, pp. 449-450).

postérieur aurait pour effet de priver l'article 189 de sa portée, c'est-à-dire de son utilité.

Passons à un autre type d'argument d'autorité.

§ III – L'AUTORITÉ DE LA TRADITION ET DE L'HISTOIRE

649. La tradition et l'histoire sont, comme la compétence, des valeurs susceptibles de procurer du crédit ou de l'autorité à des opinions¹²⁰³. Cette remarque, qui se vérifie pour l'argumentation générale, est également exacte au regard de l'argumentation juridique où l'ancienneté d'une solution peut être un argument en sa faveur. Il convient cependant de nuancer. Que l'on repense un instant à l'ancienneté des précédents qui est un défaut plutôt que d'être une qualité. C'est la raison pour laquelle le praticien se mettra en quête de la « dernière jurisprudence » et non pas de la plus ancienne¹²⁰⁴.

650. Après cette mise en garde, remarquons encore qu'habituellement l'on ne fait état que de la seule autorité de la tradition sans lui associer, comme nous le faisons, l'autorité de l'histoire. Si nous complétons ainsi l'« argument de la tradition » par un « argument de l'histoire », ce n'est pas du tout pour les dissocier. Nous voulons seulement insister sur le fait que ce type d'argument d'autorité « ratisse large » notamment en ce qu'il englobe la prise en considération d'un certain « sens de l'histoire » au regard duquel l'hypothèse s'inscrit comme une étape.

651. Nous emprunterons un premier exemple aux conclusions du Procureur général MATTER dans l'« histoire de la fille accidentée » (arrêt *Jand'heur*)¹²⁰⁵. Cette « histoire », soulevait une série de problèmes juridiques dont le principal avait trait à la force juridique de

¹²⁰³ En ce sens, v. p. ex. Ch. PERELMAN, *L'empire de la rhétorique, Rhétorique et argumentation, op. cit.*, p. 108 ; *Trésor de la langue française informatisé (Tlfi)*, *op. cit.*, v° « Autorité ».

¹²⁰⁴ Sur ce point, v. *supra*, n° 577.

¹²⁰⁵ Ch. réunies, 13 février 1930, *Jand'heur*, DP 1930.I.57, rapp. LE MARC'HADOUR, concl. P. MATTER, note Ripert ; *GACIV*, N° 193. Pour l'exposé du détail de l'« histoire », v. *supra*, n° 233.

l'article 1384, alinéa 1, du Code civil¹²⁰⁶. Cet article constituait-il une règle de droit autonome ou était-il une simple annonce ou introduction à des cas spécifiques de responsabilités¹²⁰⁷ et, à ce titre, dépourvu de force juridique¹²⁰⁸ ? Rappelons, pour un maximum de clarté, les deux hypothèses juridiques ayant trait à cette problématique :

- *l'article 1384, alinéa 1, du Code civil énonce un principe général de responsabilité du fait des choses dont on a la garde (l'hypothèse de la juridicité) ;*
- *l'article 1384, alinéa 1, du Code civil n'énonce pas un principe général de responsabilité du fait des choses dont on a la garde (l'hypothèse de la disposition d'annonce).*

652. Paul MATTER préconisa l'hypothèse de la juridicité, notamment au moyen d'un argument fondé sur l'autorité de la tradition combiné à l'autorité de certains auteurs¹²⁰⁹ :

Un principe général, en effet, existait dans la législation coutumière de notre ancienne France. **Dans notre ancien droit, le maître répondait, d'une manière générale, des choses inanimées qui lui appartenaient**, et c'est ce qui a été mis merveilleusement en relief par un **éminent professeur** de la Faculté de droit de Toulouse, M. Brissaud, dans son Histoire du droit français (t. 2, n° 1367 et suiv.), et ce que, trois siècles auparavant, Pierre Ayrault avait, dans son *Traité de l'ordre, formalité et instruction judiciaire*, déjà clairement exposé. [...]

Qu'est, je vous prie, **cette pratique de l'ancien droit**, la responsabilité des choses, de toutes les choses inanimées, poursuivie d'abord contre la chose elle-même, ensuite contre son propriétaire, mieux contre son gardien, - sinon les dispositions de l'art. 1384 § 1^{er}, c. civ. ? (nous soulignons)

653. L'argument développé ci-dessus consiste à affirmer que la juridicité du principe de responsabilité formulé à l'article 1384, alinéa 1, doit être reconnue parce qu'elle

¹²⁰⁶ Ce texte dispose que l'« *on est responsable [...] du dommage que l'on cause par [...] le fait [...] des choses que l'on a sous sa garde* ».

¹²⁰⁷ Ces cas spécifiques de responsabilité du fait des choses sont la responsabilité du fait des animaux (art. 1385) et la responsabilité du fait de la ruine des bâtiments (art. 1386).

¹²⁰⁸ Sur la notion de « force de juridique », v. *supra*, n° 222.

¹²⁰⁹ P. MATTER, *concl. préc.*, p. 65, col. gauche.

l'était déjà sous l'empire de l'ancien droit. Il est vrai que la tradition invoquée ne remonte pas toujours aussi loin dans le passé. Pour preuve, ce passage emprunté aux conclusions du Procureur général TOUFFAIT prises pour l'arrêt *Jacques Vabre* dans l'« histoire de la supériorité des traités »¹²¹⁰. Comme nous l'avons déjà dit, cet arrêt posait un problème d'interprétation de la règle de conflit contenue à l'article 55 de la Constitution¹²¹¹. D'après cette disposition, les traités ont une autorité supérieure à celle des « lois ». Mais l'article 55 ne précise pas si l'expression « lois » vise tout aussi bien les lois nationales antérieures et postérieures aux traités ou bien seulement celles qui leur sont antérieures. D'où le choix entre deux hypothèses : une hypothèse d'interprétation extensive, prônant la primauté des traités sur les lois nationales antérieures et postérieures, et une hypothèse d'interprétation restrictive, consacrant la primauté des lois nationales postérieures au traité. Le Procureur général TOUFFAIT plaidait en faveur de l'hypothèse d'interprétation extensive en se servant d'un argument d'autorité fondé sur les règles de conflit constitutionnelles antérieures à la Constitution de 1958. Mais avant d'en venir à l'exposé de ces règles anciennes inscrites dans la Constitution de 1946, il présentait l'évolution historique des relations internationales dans laquelle l'hypothèse venait s'inscrire comme un aboutissement¹²¹² :

[Après la deuxième guerre mondiale l'] idée se dégage irrésistiblement qu'il ne peut exister de relations internationales, si les conventions diplomatiques peuvent être mises en échec par des décisions unilatérales des puissances contractantes et le devoir pour l'Etat de respecter ses obligations internationales devient un principe fondamental, et au lendemain de la libération, des hommes politiques qui étaient souvent des juristes comprirent que leurs idées – pouvant subir la pesanteur des traditions juridiques et judiciaires – devaient pour triompher être inscrites solennellement dans la Constitution.

C'est ainsi que pour la première fois en France, la **Constitution du 27 oct. 1946**, dans ses art. 26 et 28, a consacré expressément et d'une manière générale **le principe de la primauté des conventions internationales** sur les lois internes (nous soulignons).

¹²¹⁰ Ch. mixte, 24 mai 1975, *D.* 1975.497, concl. TOUFFAIT ; *GADIP* N°55-56. Pour plus de détails sur cet arrêt, v. *supra*, n° 430.

¹²¹¹ L'article 55 énonce que « *les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* » (nous soulignons).

¹²¹² En ce sens, TOUFFAIT, *concl. préc.*, p. 502, col. gauche.

L'art. 26 concerne les lois antérieures au Traité. *L'art. 28 concerne les lois postérieures au traité.*

Il était ainsi conçu : « les traités diplomatiques régulièrement ratifiés et publiés ayant une autorité supérieure à celle des lois internes, leurs dispositions ne peuvent être *abrogées, modifiées* ou *suspendues* qu'à la suite d'une dénonciation régulière, notifiée par voie diplomatique. [...] ».

Ce texte ne prête donc à aucune équivoque.

Le fait qu'à ces deux articles du texte constitutionnel de 1946 corresponde un seul art. 55 de celui de 1958 ne change rien à la volonté des constituants.

Il suffit pour s'en convaincre de lire le compte rendu analytique du Comité consultatif constitutionnel dont la discussion n'a porté que sur la notion de réciprocité dans l'application des traités.

654. Le passage qui précède illustre bien notre idée d'un sens de l'histoire justifiant l'adoption d'une hypothèse qui vient le couronner. En l'occurrence ce sens ou cette direction s'oriente vers l'avènement d'un ordre international qui ne saurait supporter la remise en cause unilatérale par les États de leurs engagements internationaux. Or, l'hypothèse de la primauté des traités interdit précisément aux États une telle remise en cause. Mais l'hypothèse d'interprétation large de l'article 55 de la Constitution de 1958 peut encore s'appuyer sur un argument de la tradition tiré des solutions déjà retenues par la Constitution de 1946. Enfin, le Procureur général corrobore son hypothèse par un argument d'autorité tiré des travaux préparatoires de la Constitution de 1958 en invoquant le compte rendu analytique du comité consultatif constitutionnel.

L'autorité de l'histoire et de la tradition nous conduit vers un autre argument d'autorité très important dans le raisonnement juridique.

§ IV – L'AUTORITÉ DU SENS LITTÉRAL

655. Nos études sur la notion de signification nous ont appris que le sens littéral est

un sens explicite¹²¹³. Il s'agit du sens lié directement aux mots figurant dans les énoncés et stocké, comme le disent les sémanticiens, dans la « mémoire lexicale » des usagers d'une langue¹²¹⁴. À ce sens littéral ou explicite des énoncés s'oppose leur sens implicite. Celui-ci n'est pas directement lié aux mots qui les composent, mais il dépasse, déborde, le sens littéral des énoncés. Dans ce cas, le sens global de l'énoncé est autre que celui qui pourrait être déduit des seules composantes. Aussi bien, le sens implicite est-il un sens au-delà des mots, un sens non-dit.

656. Revenons au sens littéral. Celui-ci correspond aux conventions linguistiques que tentent de décrire les dictionnaires. Rappelons-nous que les significations sont sociales ou conventionnelles par nature¹²¹⁵. Nous entendons par là que les usagers d'une même langue attachent le même sens (signifiés) aux mêmes mots (signifiants). Par conséquent, en décrivant les significations littérales, les dictionnaires décrivent des conventions linguistiques.

657. Ces conventions linguistiques et, en particulier, les significations qu'elles véhiculent ont elles-mêmes un caractère culturel et historique. Il s'agit, avisons-nous dit avec un auteur, de « *constructions culturelles, élaborées grâce au langage au fil de l'histoire des communautés linguistiques* »¹²¹⁶. Cette analyse conventionnelle, historique et culturelle des significations littérales décrites par les dictionnaires, nous conduit à considérer les arguments fondés sur le sens littéral des mots comme des arguments d'autorités.

658. En effet, que fait-on lorsqu'on invoque le sens littéral d'un mot ? Entre plusieurs interprétations possibles d'un même mot, on sélectionne la signification qui est attestée par les dictionnaires lesquels décrivent une pratique collective (conventionnelle), historique et culturelle. Or, nous avons vu que l'argument d'autorité met en œuvre une présomption : la valeur de la source d'une opinion fait présumer la valeur de l'opinion elle-même. Dans l'argument du sens littéral, la source de l'interprétation préconisée se situe à un niveau passablement abstrait et dépersonnalisé. Il s'agit de la pratique collective, de l'histoire et de la culture d'une communauté. Ces entités, que l'on aurait par ailleurs bien du mal à

¹²¹³ Sur les notions de « sens littéral ou explicite » et de « sens implicite », v. *supra*, n° 209 et s.

¹²¹⁴ En ce sens, Ch. BAYLON, X. MIGNOT, *Sémantique du langage, Initiation, op. cit.*, n° 1., p. 151.

¹²¹⁵ Sur le caractère conventionnel des significations, v. *supra*, n° 167.

¹²¹⁶ V. NYCKEES, *La Sémantique, op. cit.*, p. 156.

définir, n'en font pas moins autorité, parce qu'elles représentent des valeurs. Ainsi l'autorité reconnue à la tradition, à la pratique de la collectivité et à la culture, font présumer la valeur de l'interprétation s'appuyant sur le sens littéral.

659. L'argument du sens littéral s'avère être encore un argument d'autorité pour une raison toute simple, mais différente. C'est que cet argument s'appuie sur l'autorité de certains ouvrages, à savoir les dictionnaires. Ceux-ci ne sont-ils pas rédigés par d'éminents spécialistes dignes de notre confiance ? Et l'autorité reconnue à de tels auteurs ne procure-t-elle pas de l'autorité à leur œuvre, autorité qui se communiquera de nouveau au sens littéral ? Il s'ensuit, selon nous, que l'argument du sens littéral est un argument d'autorité à un double titre, puisqu'il s'appuie aussi bien sur l'autorité des dictionnaires et de leurs auteurs que sur l'autorité reconnue à la tradition, aux pratiques collectives et à la culture humaine.

660. Prenons un exemple emprunté au Procureur général MATTER dans l'« histoire de la fille accidentée »¹²¹⁷. Nous avons déjà vu que l'une des difficultés soulevées par cette affaire concernait le mot « chose » figurant à l'article 1384, alinéa 1¹²¹⁸. D'après une hypothèse d'interprétation large, le mot chose avait vocation à englober toutes sortes de choses. Mais selon une hypothèse d'interprétation restrictive, le sens du mot chose était limité aux seuls animaux et bâtiments en ruine réglementés dans les dispositions qui suivent l'article 1384. Voici un argument du sens littéral invoqué par le Procureur général au soutien de l'hypothèse d'interprétation large¹²¹⁹ :

[P]our en embrasser toute la portée [du mot chose], il faut se reporter à ce qu'était **la langue de l'époque**, au législateur même de cette langue du temps, **au Dictionnaire de l'Académie**, non point à l'actuel, mais à celui de l'édition de l'an VII, paru quelque temps à peine avant le Code de 1804 : « Chose. Ce qui est. Il se dit indifféremment de tout, sa signification se déterminant par la manière dont on le traite. » Et Littré, plus savamment, 70 ans après disait : « Désignation indéterminée de tout ce qui est inanimé. Chose, opposé à personne ».

¹²¹⁷ Ch. réunies, 13 février 1930, *Jand'heur*, DP 1930.I.57, rapp. LE MARC'HADOUR, concl. P. MATTER, note Ripert ; *GACIV*, N° 193. Pour l'exposé du détail de l'« histoire », v. *supra*, n° 233.

¹²¹⁸ Pour une présentation spécifique de ce problème, v. *supra*, n° 644.

¹²¹⁹ P. MATTER, *concl. préc.*, p. 66, col. gauche.

Voilà ce que, par une exception qui serait, en vérité, unique dans l'interprétation de notre code, on voudrait, dans notre art. 1384, restreindre, limiter uniquement à deux catégories de ces choses : les animaux et les bâtiments effondrés.

661. Un autre exemple d'un argument du sens littéral nous est procuré par l'opinion de Lord HOPE of CRAIGHEAD dans l'« histoire des transsexuels » et plus précisément dans l'arrêt *Bellinger v Bellinger*¹²²⁰. En l'espèce, on s'en souvient, le juge britannique avait à choisir entre une hypothèse d'interprétation large ou stricte du mot « homme » et « femme » incluant ou non les transsexuels devenus homme ou devenus femme. Il en résultait les deux hypothèses suivantes :

- *le mot homme (ou femme) désigne non seulement une personne en vertu de son sexe anatomique de naissance, mais également la personne ayant fait l'objet d'un traitement médico-chirurgical la rapprochant du sexe opposé (hypothèse d'interprétation large) ;*
- *le mot homme (ou femme) désigne seulement une personne en vertu de son sexe anatomique de naissance, mais excluant la personne ayant fait l'objet d'un traitement médico-chirurgical la rapprochant du sexe opposé (hypothèse d'interprétation restrictive)..*

662. Lord HOPE of CRAIGHEAD réfutait l'hypothèse d'interprétation large au moyen d'un argument d'autorité fondé sur le sens littéral du mot homme et femme¹²²¹ :

[L]es mots « homme » et « femme » dans la section 11 (c) de loi de 1973, qui est la disposition qui nous concerne dans le cas présent, ne sont pas des **termes techniques** et [...] ils doivent se voir attribuer leur **sens ordinaire** et quotidien dans la langue anglaise. Mais aucune preuve ne nous a été rapportée que dans **l'usage contemporain dans ce pays**, à quelque date que l'on veuille bien se placer – le 23 mai 1973 quand la loi de 1973 a été promulguée, le 2 mai 1981 quand Mrs BELLINGER a célébré son mariage ou le jour de ce jugement –, ces mots peuvent être considérés comme incluant des personnes transsexuelles opérées. La définition du mot « mâle » dans le *New Shorter Oxford English Dictionary* (1993) nous apprend que sa première signification, quand il est

¹²²⁰ House of Lords, 10 avril 2003, *Bellinger v Bellinger*, *The All England Law Reports*, 2003, t. 2, p. 593; l'on trouvera également cet arrêt sur le site <http://www.publications.parliament.uk>. Pour l'exposé du détail de cette « histoire », v. *supra*, n° 502.

¹²²¹ Lord HOPE of CRAIGHEAD, *opinion préc.*, n° 62.

utilisé comme un adjectif, est « ce qui appartient à ou ce qui désigne le sexe qui peut engendrer une progéniture ». Aucune mention n'est faite nulle part de la définition étendue incluant les personnes transsexuelles. Le mot « transsexuel » est défini comme « avoir les caractéristiques d'un sexe mais un sentiment puissant et persistant d'appartenir à l'autre ». Je ne vois pas de moyen d'échapper à cette conclusion que ces définitions [...] sont complètes et exactes (*accurate*). (nous soulignons)

663. En l'espèce, l'argument d'autorité consiste à dire que l'hypothèse d'interprétation large doit être réfutée, parce qu'elle n'est pas corroborée par le dictionnaire, c'est-à-dire par un usage linguistique. L'autorité du dictionnaire appuie l'interprétation restrictive. Une dernière remarque nous paraît intéressante. Lord HOPE of CRAIGHEAD se réfère à la distinction entre sens technique et sens ordinaire des mots pour conclure aussitôt que les mots « homme » et « femme » doivent être entendus en leur sens ordinaire. Sans nous prononcer sur l'opportunité de ce choix, cette distinction du Lord britannique nous inspire la remarque suivante. Les significations ordinaires tout comme les significations techniques sont répertoriées par les dictionnaires. Par conséquent, elles relèvent les unes et les autres du sens littéral qui est un sens directement lié aux mots. À y regarder de près, le sens ordinaire et le sens technique ne sont que deux manifestations d'un phénomène massif du langage juridique et ordinaire, celui de la polysémie¹²²². Un même mot peut avoir deux ou plusieurs sens littéraux.

Après le test des autorités, d'autres arguments récurrents dans la mise à l'épreuve des hypothèses juridiques doivent être étudiés.

Conclusion du chapitre II

664. Lors de ce second chapitre, nous sommes d'abord partis à la recherche d'une définition générale de l'argument d'autorité, c'est-à-dire d'une définition ne se limitant pas au contexte juridique. À ce titre, nous avons constaté que l'autorité est une qualité qui ne se confond pas avec la personne (p. ex. tel professeur) ou la chose (p. ex. tel ouvrage) qui l'incarne. L'autorité est une force de considération, un crédit reconnu à certaines personnes ou à certaines choses.

¹²²² Sur la polysémie du langage ordinaire et juridique, v. *supra*, n° 284.

665. L'argument d'autorité, quant à lui, fonctionne sur le modèle d'une présomption du droit de la preuve. On le sait, d'après l'article 1349 du Code civil, la présomption est la conséquence que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu. Cette définition, transposée à l'argument d'autorité, montre alors que celui-ci consiste à inférer la valeur d'une opinion (valeur non encore admise) à partir de la valeur de sa source (valeur admise). Par conséquent, l'on peut définir l'argument d'autorité comme celui qui consiste à justifier la valeur d'une opinion en démontrant que cette même opinion émane déjà d'une source dont la valeur est admise.

666. La compréhension de l'argument d'autorité peut encore être améliorée par le rejet de la distinction classique entre arguments de raison et arguments d'autorité. En effet, si l'autorité incarnée par une certaine source (p. ex. un grand savant) fait présumer la valeur de l'opinion émise par celle-ci, c'est que l'on présume, en même temps, que cette opinion repose sur de bonnes raisons. De plus, l'argument d'autorité fonctionne comme une délégation de savoir, puisqu'il consiste à faire confiance à l'opinion des autres. Dès lors, on le voit, l'argument d'autorité s'avère inévitable pour la pensée, sauf à verser dans l'illusion d'un encyclopédisme généralisé.

667. Dans le contexte juridique, l'argument d'autorité pose un problème spécifique. C'est que le droit est un phénomène à base d'autorité. Pourtant, il ne semble pas exact de qualifier la loi elle-même comme un argument d'autorité contraignante s'opposant à d'autres arguments d'autorité non contraignante (p. ex. la doctrine). En effet, l'idée de contrainte est incompatible avec l'idée d'argument qui suppose nécessairement la liberté des sujets de ne pas y adhérer. Autrement dit, l'idée d'ordre paraît exclure l'idée d'argument. Simultanément, il est indéniable que les juristes se battent à coups d'arguments tirés de la loi. Le paradoxe peut être résolu en rappelant le contexte général de notre réflexion : un problème de droit, c'est-à-dire un problème d'insuffisance de la loi, se pose. C'est dire qu'il n'existe pas de réponse directe (et donc contraignante) de la loi à la question soulevée. En d'autres mots, la loi ne procure, au mieux, qu'une réponse médiane, indirecte, à l'interrogation de l'interprète. Or, cette réponse-là n'est pas contraignante.

668. Après cette analyse théorique de l'argument *ab auctoritate*, nous en avons étudié des exemples pratiques. À ce titre, l'on peut d'abord remarquer l'extrême fréquence des arguments d'autorité dans les raisonnements de magistrats. En particulier, l'argument

prend souvent la forme d'un argument de doctrine consistant notamment à se référer à l'opinion majoritaire des auteurs, à la *communis opinio doctorum*. Une autre figure importante de l'argument d'autorité consiste à invoquer l'autorité du législateur. Celui-ci s'exprime d'abord dans les travaux préparatoires d'une loi, mais aussi dans d'autres textes de loi que celui qui pose problème. Aussi bien, voit-on des magistrats tirer des arguments de divers textes de loi qui, sans répondre directement à la question posée, ne contribuent pas moins à renforcer ou à affaiblir l'une des solutions envisagées.

669. La tradition et l'histoire représentent également des valeurs susceptibles de fonder un argument d'autorité. Une hypothèse juridique peut ainsi se trouver corroborée par le fait qu'elle correspond à une solution ancienne. Mais l'argument de la tradition et de l'histoire est plus vaste dans la mesure où il englobe aussi l'idée d'un certain sens de l'histoire dans lequel l'hypothèse viendrait s'inscrire comme un aboutissement. Sans nullement prétendre à l'exhaustivité, nous avons recensé un dernier argument d'autorité qui nous paraît très important. Il s'agit de l'argument du sens littéral. En effet, le sens littéral est une convention linguistique. Plus exactement, il condense une pratique sociale, culturelle et historique. Nous pensons que ces éléments, caractéristiques du sens littéral, représentent autant de valeurs permettant de construire un argument d'autorité. De plus, les conventions linguistiques que constituent les significations sont décrites par les dictionnaires. En conséquence, invoquer un sens littéral revient également à se prévaloir de l'autorité d'un ouvrage, à savoir, précisément, de celle d'un dictionnaire.

Chapitre III

LE TEST DE COMPATIBILITÉ

670. La mise à l'épreuve des hypothèses juridiques par des arguments de compatibilité et d'incompatibilité est récurrente dans les raisonnements des magistrats. Nous commencerons l'analyse de ces arguments par un examen de la notion de compatibilité elle-même (Section I). Cette analyse nous conduira à reconnaître deux aspects fondamentaux dans le test de compatibilité. De fait, une hypothèse, pour être convaincante, doit s'insérer de la manière la plus harmonieuse possible dans le système juridique. La compatibilité comporte ainsi un aspect systémique. Mais toute hypothèse doit également être adaptée à la réalité du monde qu'elle est censée régir. La compatibilité pose donc également une exigence de réalisme. À partir de ce double constat, nous serons amenés à décliner notre test de compatibilité en deux parties. D'une part, les hypothèses juridiques sont susceptibles d'être soumises à un *test de cohérence* contrôlant leur insertion harmonieuse dans le système juridique (Section II). La compatibilité de l'hypothèse avec la réalité du monde est, d'autre part, contrôlable par un *test d'adéquation* (Section III).

SECTION I

LA NOTION DE COMPATIBILITÉ

671. L'idée de compatibilité s'explique le mieux par sa négation : l'incompatibilité. Le *Traité de l'argumentation* définit celle-ci à partir du principe logique de la non-contradiction¹²²³. D'après ce principe fondamental de la logique formelle, « *une proposition et sa négation ne peuvent être vraies à la fois* »¹²²⁴. On ne peut donc, sans se contredire, affirmer simultanément une proposition *P* et sa négation non-*P*. Plus précisément, nous dit-on,

¹²²³ Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, *op. cit.*, § 46, p. 262.

¹²²⁴ M. GEX, *Logique formelle*, *op. cit.*, n° 39, p. 73. Ce principe peut se formuler encore différemment : « une proposition ne peut être vraie et fautive à la fois » (*ibid.*) ou bien « une chose ne peut pas être et n'être pas en même temps et sous un même rapport » (*ibid.*, p. 72).

« l’assertion, au sein d’un même système, d’une proposition et de sa négation, en rendant manifeste une contradiction qu’il contient, rend le système incohérent, et par là inutilisable »¹²²⁵. En logique formelle, la contradiction se reconnaît donc d’une manière évidente à l’usage du signe de la négation¹²²⁶. Elle est source d’incohérence du système.

672. Cette définition logique n’est pas, toutefois, transposable telle quelle à une argumentation en langage ordinaire. En effet, dans le langage ordinaire, la contradiction pure et simple est extrêmement rare¹²²⁷. Elle supposerait un discours du genre « il pleut et il ne pleut pas » ou encore un propos aberrant comme celui-ci¹²²⁸ :

Moi, superstitieux ? Ah, ça jamais, ça porte malheur.

673. Cette extrême rareté des contradictions logiques dans une argumentation s’explique, sans doute, par une certaine vigilance des locuteurs. Mais, plus subtilement, elle provient également de la polysémie systématique du langage ordinaire opposée à l’univocité d’un langage logique¹²²⁹. De fait, les énoncés en langage naturel « peuvent être interprétés de différentes façons »¹²³⁰, en sorte qu’une éventuelle contradiction peut disparaître selon l’interprétation retenue et vice versa. Il s’ensuit non seulement qu’en langage ordinaire il n’est possible de déceler une contradiction logique que dans des cas « tout à fait exceptionnels »¹²³¹, mais encore que la « contradiction » entre deux propositions est affectée de l’aléa ou de l’incertitude inhérente à toute interprétation.

674. Cette interprétation est largement tributaire de ce que nous avons appelé

¹²²⁵ Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l’argumentation*, op. cit., § 46, p. 262.

¹²²⁶ Le langage logique est un langage symbolique dans lequel la négation se reconnaît d’une manière évidente par l’usage du signe de la négation qui est suivant l’annotation retenue une barre horizontale (\bar{A}) ou un autre signe p.ex. le signe « ~ » (sur ce point, v. R. BLANCHÉ, *Introduction à la logique contemporaine*, op. cit., pp. 14, 41 et 45)

¹²²⁷ En ce sens, v. Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l’argumentation*, op. cit., § 46, p. 262 ; Adde, B. BUFFON, *La parole persuasive*, op. cit., p. 155 ; O. REBOUL, *Introduction à la rhétorique*, op. cit., p. 174.

¹²²⁸ B. BUFFON, *La parole persuasive*, op. cit., p. 156.

¹²²⁹ Sur la polysémie viscérale du langage ordinaire, y compris du vocabulaire juridique, v. *supra*, n° 284.

¹²³⁰ Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l’argumentation*, op. cit., § 46, p. 262.

¹²³¹ *Ibid.*

ailleurs le « contexte d'application » des énoncés¹²³². Autrement dit, les incompatibilités « *n'existent qu'en fonction des circonstances* »¹²³³. Reprenons un exemple dont nous nous sommes déjà servis¹²³⁴. Au premier regard, aucune incompatibilité ne semble opposer la règle obligeant de porter assistance à une personne en péril, à la règle interdisant l'exercice illégal de la médecine. Mais que faire quand un guérisseur, n'ayant pas les diplômes de médecine requis, est apte à guérir des malades pour lesquels la médecine traditionnelle ne peut plus rien ? Un tel cas d'espèce, c'est-à-dire un tel contexte d'application, fait ressortir une collision de normes. Autrement dit, l'incompatibilité n'est pas un donné. Elle est déjà le produit d'une *interprétation contextuelle* tenant compte, notamment, de la situation d'application des énoncés.

675. C'est pour marquer cette différence entre l'évidence d'une contradiction logique et l'incertitude d'une contradiction en langage naturel, que le *Traité de l'argumentation* substitue la notion d'« incompatibilité » à la notion de « contradiction »¹²³⁵. Autrement dit, dans une argumentation, deux propositions ne sont pas dites « contradictoires », en ce sens que l'une serait la négation pure et simple de l'autre, mais elles sont dites « incompatibles ». Il ne reste pas moins vrai que la contradiction logique demeure le modèle dont l'incompatibilité s'inspire. Comme la contradiction, l'incompatibilité « *consiste en deux assertions entre lesquelles il faut choisir, à moins de renoncer à l'une et à l'autre* »¹²³⁶.

676. L'incertitude inhérente à l'incompatibilité nous conduit à n'en pas tenter une définition générale et abstraite servant de critère unique de reconnaissance. Plus humblement, nous analyserons des types d'arguments de compatibilité ou d'incompatibilité mis en œuvre dans des raisonnements concrets. Mais avant de décrire ces arguments-type, nous proposons d'en faire une distinction fondamentale. Selon nous, il serait erroné de cantonner l'étude des arguments de compatibilité aux arguments invoquant une vision systémique du droit. Certes, nous venons de le voir, le principe de non-contradiction est la condition de la cohérence d'un

¹²³² Sur ce point, v. *supra*, n° 288 et n° 293.

¹²³³ *Ibid.*

¹²³⁴ Sur ce point, v. *supra*, n° 305.

¹²³⁵ *Ibid.*, p. 263.

¹²³⁶ *Ibid.*

système logique. Nous démontrerons que la compatibilité est également la condition de la cohérence du système juridique¹²³⁷. Toujours est-il que les arguments de compatibilité invoqués par les magistrats dépassent manifestement les considérations purement systémiques. L'exigence de compatibilité d'une hypothèse n'est pas seulement une exigence par rapport à d'autres normes. La compatibilité d'une hypothèse est également requise au regard de la *réalité du monde*. Une hypothèse ne saurait « nier » la réalité, à défaut de quoi elle serait qualifiée « irréaliste », « artificielle » ou « contraire à la nature des choses ».

677. Dans notre « histoire du transsexualisme », l'un des magistrats britanniques s'était servi d'un tel argument d'incompatibilité avec le réel pour rejeter l'hypothèse d'interprétation large du mot « femme » incluant les transsexuels homme devenus femme. Selon ce magistrat, une telle hypothèse devait être rejetée parce qu'« *un changement complet de sexe est, rigoureusement parlant, non réalisable* »¹²³⁸. On le voit, l'argument consiste à rejeter l'hypothèse d'interprétation extensive du mot « femme » au motif qu'elle est incompatible avec le réel : on ne peut pas soutenir qu'un transsexuel doit désormais être considéré comme une « femme », parce que dans la réalité il n'en est pas une. En bref, *il ne doit être ce qui ne peut pas être*.

678. L'existence de ces deux dimensions dans la compatibilité – le système et la réalité – explique que nous divisons notre test de compatibilité en deux sous-tests. Il s'agit du *test de cohérence*, ayant trait à la compatibilité de l'hypothèse avec le système juridique et du *test d'adéquation* consistant à contrôler l'adéquation de l'hypothèse au réel qu'elle se propose de réguler.

¹²³⁷ Sur ce point, v. *infra*, n° 680 et s.

¹²³⁸ Lord HOPE of CRAIGHEAD, House of Lords, 10 avril 2003, *Bellinger v Bellinger*, arrêt préc., n° 57.

SECTION II

LE TEST DE COHÉRENCE : LA COMPATIBILITÉ DE L'HYPOTHÈSE AVEC LE SYSTÈME JURIDIQUE

Avant d'examiner la diversité des arguments mis en œuvre dans le cadre du test de cohérence des hypothèses juridiques (§ II), nous nous intéresserons à la notion de cohérence elle-même (§ I).

§ I – LA NOTION DE COHÉRENCE

679. La notion de cohérence est, assurément, difficile à analyser. C'est la raison pour laquelle nous tenterons de la cerner, dans un premier temps, par quelques considérations générales (A). Ensuite, nous l'approfondirons par une distinction empruntée à certains auteurs. Il s'agit de la distinction entre consistance du droit et cohérence proprement dite (B). Celle-ci possède surtout le mérite d'attirer notre attention sur les facteurs générateurs de la cohérence du droit qui sont les principes et les finalités poursuivies (C). Il reste que, selon nous, il existe une analyse meilleure de la cohérence que celle distinguant entre consistance et cohérence proprement dite. Nous la proposerons au cours d'une distinction entre cohérence horizontale et cohérence verticale du droit (D). Enfin, nous ne pourrions pas nous empêcher de nous attarder quelque temps sur les complications de la notion de cohérence (E). Mais à la vérité, la description de ces complications améliorera la compréhension du concept.

A. – CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES SUR LA COHÉRENCE

680. La notion de cohérence entretient des liens très étroits avec la notion de *système juridique*¹²³⁹. En effet, écrit M. BERGEL, « *ce qui caractérise un système, c'est la*

¹²³⁹ Il est vari que l'idée de cohérence du droit doit également être associée à l'idée d'un *législateur rationnel*, puisqu'un tel législateur est supposé être l'auteur du système de droit (F. OST, « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », *art. préc.*, p. 102.). La cohérence se présente donc aussi comme une *qualité intellectuelle inhérente à la pensée du législateur*. De plus, le concept de cohérence, ainsi que d'ailleurs le concept de système, sont très proches de la notion de *contexte*. Interpréter un élément du

cohérence des éléments qui le composent ou, mieux, une “qualité d’organisation” ». ¹²⁴⁰
Retenons, par conséquent, que la cohérence est une qualité ou une propriété d’un système.

681. Appliquée au système juridique, cette affirmation ne doit pas nous conduire à faire de la cohérence une propriété ou une qualité inhérente aux normes qui le composent. Comme le dit M. GUTMANN, la cohérence du droit désigne « *une liaison entre le contenu des normes, donnant au droit dans son ensemble une unité substantielle* » ¹²⁴¹. Autrement dit, la cohérence, au lieu de nommer une propriété inhérente aux éléments du système juridique, vise un *rapport* qui les relie entre eux.

682. Plus exactement, le rapport que désigne la cohérence entre les éléments du système juridique, est un rapport matériel ou, pour reprendre la formule de M. GUTMANN, une « *liaison entre le contenu des normes* » ¹²⁴². La cohérence ne vise donc nullement une relation formelle ordonnant les normes du système d’après l’autorité qui les a édictées. Au contraire, en tant que lien substantiel, la cohérence a trait à la teneur des normes, c’est-à-dire à leur signification. Aussi, la cohérence désigne-t-elle un rapport *sémantique* entre les éléments du système.

683. Enfin, il ne saurait être question de cohérence du droit qu’à la condition que ce rapport sémantique ou substantiel entre éléments du système soit un rapport d’harmonie ou, plus précisément, de *compatibilité* ¹²⁴³. À notre avis, il n’y a pas de cohérence sans compatibilité. La compatibilité est au cœur de la cohérence, même si elle est plus que cela. Rappelons en effet que, pour nous, la compatibilité dépasse les considérations systémiques,

système, en fonction du reste du système, c’est insérer cet élément, d’une manière cohérente, dans le système ; c’est interpréter l’élément en fonction du contexte (en ce sens, *ibid.*, p. 141 ; J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique, op. cit.*, p. 255 : « *La méthode systémique part de l’hypothèse que le droit est ordonné et interdépendant et que les règles de droit peuvent être interprétées en fonction du contexte dans lequel elles se situent* »).

¹²⁴⁰ J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique, op. cit.*, p. 25. Adde, J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, op. cit.*, n° 105, p. 190 : « *En parlant d’ordre et surtout de système juridique, les auteurs mettent en relief cette pensée que le droit objectif n’est pas un rassemblement fortuit de règles, que les règles sont liées par une cohérence intérieure, une interdépendance, une rigidité* ».

¹²⁴¹ D. GUTMANN, « “Le juge doit respecter la cohérence du droit”, Réflexions sur un imaginaire article 4 ½ du Code civil », in *Le titre préliminaire du Code civil*, G. FAURE et G. KOUBI (sous la direction de), Paris, Economica, 2003, p. 110.

¹²⁴² Sur ce point, v. *supra*, n° 681.

¹²⁴³ Sur la notion de « compatibilité », v. *supra*, n° 671 et s.

puisque le rapport de compatibilité concerne également le lien des éléments du système avec le réel. La compatibilité est donc plus grande que la cohérence.

684. Il s'ensuit que nous entendons par cohérence du droit *un rapport substantiel ou sémantique de compatibilité entre les éléments du système juridique*. Mais il est possible de préciser davantage ce rapport de compatibilité, constitutif de la cohérence. En effet, ce rapport se déploie dans plusieurs directions à la fois. Nous le montrerons à l'aide de la distinction suivante.

B. – LA DISTINCTION ENTRE CONSISTANCE ET COHÉRENCE PROPREMENT DITE

685. Certains auteurs décomposent la cohérence du droit en « consistance » et en « cohérence proprement dite »¹²⁴⁴. Ils définissent la consistance comme « *l'absence de contradictions entre plusieurs normes juridiques* »¹²⁴⁵, et l'on pense aussitôt au problème des conflits de lois exclusifs ou antinomies entre règles¹²⁴⁶. Par contre, la cohérence proprement dite « *désigne le fait pour un ensemble de règles juridiques de former un tout harmonieux, fédéré par un certain nombre de valeurs compatibles entre elles* »¹²⁴⁷. Cette dernière forme de cohérence concerne « *l'esprit juridique dans son ensemble* »¹²⁴⁸. Elle est, pour retenir la formule de Neil MACCORMICK, « *la propriété d'un groupe de propositions qui, pris*

¹²⁴⁴ En ce sens, v. N. MACCORMICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, op. cit., p. 124. Toutefois, la traduction française rend mal cette distinction dans la mesure où elle traduit le mot « consistency » par « compatibilité » et non par « consistance » (v. p. ex. la version originale, *Legal reasoning and legal theory* [1978], Oxford, Clarendon Press, reprinted 1995, p. 106) ; du même auteur, « Coherence in legal justification », in *Theorie der Normen, Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag*, herausgegeben von W. KRAWIETZ, H. SCHELSKY, G. WINKLER, A. SCHRAMM, Berlin, Duncker & Humboldt, 1984, p. 37 ; L. J. WINTGENS, *Droit, principes et théories, Pour un positivisme critique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 100 ; D. GUTMANN, « “Le juge doit respecter la cohérence du droit”, Réflexions sur un imaginaire article 4 ½ du Code civil », art. préc., p. 110.

¹²⁴⁵ D. GUTMANN, « “Le juge doit respecter la cohérence du droit”, Réflexions sur un imaginaire article 4 ½ du Code civil », art. préc., p. 110. Adde, L. J. WINTGENS, *Droit, principes et théories, Pour un positivisme critique*, op. cit., pp. 101 et 106.

¹²⁴⁶ Sur ce point, v. *supra*, n° 316.

¹²⁴⁷ D. GUTMANN, « “Le juge doit respecter la cohérence du droit”, Réflexions sur un imaginaire article 4 ½ du Code civil », art. préc., p. 110.

¹²⁴⁸ *Ibid.*, p. 111.

collectivement, 'fait du sens' dans son ensemble »¹²⁴⁹.

686. Cette dissociation entre consistance et cohérence proprement dite a l'avantage d'affiner la compréhension de la notion de cohérence dans son ensemble. Elle permet notamment de mettre en lumière qu'un revirement de jurisprudence, posant une règle juridique nouvelle non consistante avec les décisions antérieures, s'avère néanmoins plus cohérent au regard du système juridique ou, du moins, au regard de l'une de ses parties. Une « *inconsistance consécutive* » ou *diachronique* peut donc accroître la cohérence proprement dite d'un ensemble¹²⁵⁰. Il reste que la cohérence proprement dite nous semble être une notion *synchronique*. Elle rend compte des relations entre éléments du système juridique à un moment déterminé de son histoire.

687. Il est également possible d'imaginer des règles parfaitement consistantes, tout en étant, en même temps, incohérentes. Pour illustrer ce cas de figure, M. MACCORMICK donne l'exemple d'une réglementation interdisant à toute voiture jaune de dépasser la vitesse de 20 miles à l'heure, mais obligeant les voitures vertes à rouler entre 25 et 70 miles à l'heure¹²⁵¹. Ces deux règles, sont indéniablement consistantes l'une avec l'autre, mais parfaitement incohérentes quand on les insère dans un contexte plus vaste. De fait, « *si l'objectif est la sécurité routière, et si l'on juge essentiel à sa réalisation d'imposer aux véhicules jaunes une limitation de vitesse, il est a priori absurde d'imposer une règle différente aux voitures rouges, bleues et vertes* »¹²⁵². Si donc des règles consistantes peuvent en même temps se trouver être incohérentes, il en résulte que *la consistance n'est pas une condition suffisante de la cohérence proprement dite*.

688. Si la consistance n'est pas une condition suffisante de la cohérence proprement dite, il nous faudra partir à la recherche des facteurs générateurs de cohérence. Ceux-ci nous sont procurés par les principes et finalités qui inspirent les « *règles minutieuses du droit*

¹²⁴⁹ N. MACCORMICK, « Coherence in legal justification », *art. préc.*, p. 38: « *coherence, as I said, is a property of a set of propositions which, taken together, 'makes sense' in its entirety* ». Adde, du même auteur, MACCORMICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit, op. cit.*, p. 181 ; L. J. WINTGENS, *Droit, principes et théories, Pour un positivisme critique, op. cit.*, p. 131.

¹²⁵⁰ L. J. WINTGENS, *Droit, principes et théories, Pour un positivisme critique, op. cit.*, pp. 105 et 111.

¹²⁵¹ En ce sens, v. N. MACCORMICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit, op. cit.*, p. 125.

¹²⁵² *Ibid.*

positif »¹²⁵³.

C. – LES FACTEURS GÉNÉRATEURS DE COHÉRENCE PROPREMENT DITE : LES PRINCIPES ET FINALITÉS

689. Les principes et les finalités sont, les uns comme les autres, de nature à fonder, c'est-à-dire à justifier, les règles de droit. Inversement, est-ce l'absence d'une finalité ou d'un principe justificateurs qui privent les règles de cohérence. Elle les empêche, pour reprendre la formule de Neil MACCORMICK, de « faire du sens ». Cette considération sur le rôle des principes et des finalités dans la fondation des règles nous conduit à analyser la cohérence successivement en termes de finalités, puis en termes de principes. Mais il est vrai que ces deux démarches ne diffèrent qu'en apparence.

a) La cohérence en termes de finalités

690. Les règles de droit « *peuvent être conçues comme un moyen d'atteindre (ou d'essayer d'atteindre) une fin jugée valable, ou un mode général de conduite jugé désirable* »¹²⁵⁴. En ce sens, les règles constituent des *moyens en vue d'une fin*. Ajoutons que cette finalité constitue, selon nous, en même temps une *valeur*, puisque la finalité consiste en une situation, en un état de choses désirés et jugés préférables, souhaitables ou simplement meilleurs que la situation qui existerait à défaut de règles¹²⁵⁵. Cette valeur ou finalité poursuivie justifie la ou les règles qui en sont le moyen. Elle leur donne un sens¹²⁵⁶.

691. Ce sont des considérations de ce type qui font écrire à M. MACCORMICK « *qu'au moins un aspect de la cohérence est une question de poursuite commune par une*

¹²⁵³ *Ibid.*, p. 126.

¹²⁵⁴ *Ibid.*, p. 185.

¹²⁵⁵ En ce sens, v. N. MACCORMICK, « Coherence in legal justification », *art. préc.*, p. 41.

¹²⁵⁶ Ce sens correspond à ce que nous avons appelé le « sens direction » par opposition au « sens signification » (sur ce point, v. *supra*, n° 242 et s.).

ensemble de règles d'une valeur ou de valeurs pertinentes » (*relevant values*)¹²⁵⁷. Revenons à l'exemple des limitations de vitesse en fonction de la couleur des automobiles. Suivant notre auteur, ces règles « *manquent de faire du sens* » (*fail to make sense*), parce qu'elles ne poursuivent pas de valeurs communes intelligibles. En effet, quels peuvent être les buts de règles de limitation de vitesse ? Ceux-ci, écrit-il, sont au nombre de trois : la sécurité des usagers, l'économie de carburant et la prévention d'une dégradation excessive de la surface des routes. Or, les règles de vitesse distinguant suivant la couleur des voitures ne servent effectivement aucune de ces finalités. C'est en ce sens qu'elles sont incohérentes, qu'elles manquent de faire du sens.

692. L'exemple ci-dessus nous pousse à tenter une généralisation. Dans quels cas peut-on dire que des règles manquent de faire du sens, c'est-à-dire s'avèrent incohérentes ? Le premier cas d'incohérence, radical celui-là, se produit quand des règles ne poursuivent, comme dans notre exemple, aucun but intelligible. Dans une autre version, moins radicale, le but des règles n'est certes plus inintelligible, mais les finalités en vue ne peuvent pas être atteintes par les règles énoncées. Autrement dit, les règles sont inadéquates. L'exemple des règles de couleur peut encore une fois servir en supposant cette fois-ci que les buts qu'elles se proposent de poursuivre sont clairement annoncés (par exemple, dans un préambule au Code de la route). De telles règles seraient parfaitement inadaptées pour mettre en œuvre les objectifs de sécurité des usagers, d'économie de carburant etc. Enfin, un ensemble de règles peut encore s'avérer incohérent quand les différentes règles, adaptées à leur but, poursuivent néanmoins des finalités incompatibles entre elles. Imaginons, par exemple, des règles fixant à 40 kilomètres par heure la vitesse des automobiles dans les agglomérations, mais supprimant toute limitation de vitesse sur les autoroutes. En ce cas, si la ou les finalités poursuivies par la première règle restent les mêmes que celles que nous venons de voir précédemment (sécurité routière...), il en va différemment de la seconde qui poursuit d'autres valeurs, telles la circulation rapide et le plaisir de conduire. Or, ces dernières finalités ne nous semblent guère compatibles avec les précédentes, ce qui rend l'ensemble incohérent. En résumé, c'est donc l'*absence de finalités intelligibles* des règles, leur *inadéquation aux finalités* ou l'*incompatibilité entre les finalités elles-mêmes* qui rendent le droit incohérent.

Après cette analyse de la cohérence en termes de finalités, nous l'examinerons en termes de principes.

¹²⁵⁷ *Ibid.*, p. 40.

b) La cohérence en termes de principes

693. En examinant la notion de concrétisation du droit, nous avons déjà eu l'occasion de définir la notion de principe de droit¹²⁵⁸. Rappelons, à cet effet, que la concrétisation du droit consiste à négocier l'écart entre la règle générale et abstraite et le cas singulier et concret. Lors de cette activité de concrétisation, il arrive fréquemment aux magistrats d'énoncer des règles concrétisantes, c'est-à-dire des règles qui restent générales et abstraites, mais qui se situent à un degré de généralité et d'abstraction moindre que la règle initiale dont elles sont déduites. En sens inverse, il se peut faire aussi que les magistrats considèrent certaines règles du droit positif comme des concrétisations de normes supérieures en généralité et en abstraction. Or, ce sont ces règles supérieures en généralité que nous appelons des « principes de droit ».

694. Il suit de cette analyse que *toute règle est le principe d'une autre règle dès lors que la seconde peut être considérée comme la concrétisation de la première*. Pour nous, la qualification de principe ne dépend donc pas d'une qualité inhérente à une norme. Au contraire, elle résulte du *rapport d'inclusion* que les règles moins générales entretiennent avec celles plus générales. En d'autres mots, la notion de principe est une notion relative.

695. Revenons maintenant à nos règles interdisant à toute voiture jaune de dépasser la vitesse de 20 miles à l'heure et obligeant les voitures vertes à rouler entre 25 et 70 miles à l'heure. En termes de principes, ces règles sont incohérentes, parce que, comme l'affirme M. MACCORMICK, « aucune raison de principe n'est en mesure de justifier cette différence de régime »¹²⁵⁹. Or, précise-t-il « c'est cependant dans la mesure où les règles sont (ou considérées comme) des illustrations de principes plus généraux, que le système acquiert un certain degré de cohérence »¹²⁶⁰. La cohérence proprement dite du droit résulte donc d'après cet auteur du fait que l'on puisse considérer un ensemble de règles détaillées du droit positif comme une concrétisation d'un principe plus général ou comme « des instances d'un principe

¹²⁵⁸ Sur ce point, v. *supra*, n° 121.

¹²⁵⁹ N. MACCORMICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, *op. cit.*, p. 125.

¹²⁶⁰ *Ibid.*

unique plus général »¹²⁶¹.

696. Quels sont alors concrètement ces principes ? Notre auteur britannique écrit que « *seule une politique qui poursuit ce qui est jugé bon ou désirable, via l'adoption de règles juridiques, peut être proposée à titre de justification et de rationalisation sous-jacentes des règles considérées. Les énonciations de "principes juridiques" sont des expressions normatives de ces politiques rationalisantes et justificatives* »¹²⁶². Autrement dit, pour M. MACCORMICK, il y a équivalence entre principes juridiques et valeurs ou finalités poursuivies par des règles¹²⁶³. Entre la formulation de principes et celle de valeurs, il n'y a qu'une différence de « *forme grammaticale* »¹²⁶⁴. Le principe est l'expression normative d'une finalité¹²⁶⁵. À titre d'exemple, prenons la valeur « sécurité routière ». Celle-ci se laisse, sans trop de difficultés, reformuler comme un principe, sous la forme canonique de toute règle¹²⁶⁶. En dépit des lourdeurs de style, on dira ainsi « lorsque des individus sont des conducteurs de véhicules (présupposé), ils doivent rouler de telle manière à ce qu'ils créent le moins de danger pour les autres usagers de la route (effet) ».

697. Il résulte déjà de ce qui précède que le principe de droit peut avoir une autorité, ou une *force variables*¹²⁶⁷. Il peut d'abord constituer lui-même une norme générale et abstraite faisant partie du droit positif. En voici un exemple jurisprudentiel emprunté à un arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes au sujet d'une directive européenne du 9 février 1976 relative à l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les relations de

¹²⁶¹ N. MACCORMICK, « Coherence in legal justification », *art. préc.*, p. 40.

¹²⁶² N. MACCORMICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, *op. cit.*, p. 199.

¹²⁶³ L'auteur britannique parle plus exactement d'« *équivalence extensionnelle entre 'valeurs' et 'principes'* » (N. MACCORMICK, « Coherence in legal justification », *art. préc.*, p. 41).

¹²⁶⁴ *Ibid.*, p. 40.

¹²⁶⁵ N. MACCORMICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, *op. cit.*, p. 185 : « *A mon avis, les règles de droit [...] isolées, ou plus souvent comprises dans un ensemble, peuvent être conçues comme un moyen d'atteindre (ou essayer d'atteindre) une fin jugée valable, ou un mode de conduite jugé désirable : exprimer le souhait d'atteindre cette fin, ou énoncer le caractère désirable de ce mode général de conduite, sous forme de déclaration normative générale, revient donc à énoncer "le principe de droit" qui sous-tend la règle (ou les règles) en question* ».

¹²⁶⁶ Sur cette forme, v. *supra*, n° 7.

¹²⁶⁷ Sur la notion de « force juridique » des énoncés, v° *supra*, n° 231. Cette force juridique des énoncés explique la différence d'autorité de ces principes.

travail¹²⁶⁸. Pour la Cour de Luxembourg, toute cette directive n'est qu'une concrétisation, qu'une mise en œuvre, du principe général d'égalité¹²⁶⁹ :

La directive n'est ainsi que l'expression, dans le domaine considéré, du principe d'égalité qui est l'un des principes fondamentaux du droit communautaire (pt. 18).

698. S'il l'on peut ainsi considérer une règle ou un ensemble de règles comme la concrétisation d'un principe appartenant au droit positif, il n'est pas, toutefois, possible de construire des chaînes indéfinies où chaque règle serait la mise en œuvre d'un principe de droit positif, lequel serait lui-même à nouveau une règle au service d'un autre principe de droit positif d'ordre plus général encore. À un moment ou à un autre, notre enchaînement traverse les frontières, fussent-elles incertaines¹²⁷⁰, du système juridique et les principes justificatifs perdent de ce fait leur caractère de norme faisant partie du système juridique. Ces principes non positifs n'en constituent pas moins, selon nous, des principes de droit dès lors qu'ils peuvent emprunter la forme canonique de toute norme et servir à justifier des règles ou des principes faisant partie intégrante de l'ordre juridique¹²⁷¹.

699. L'équivalence entre principes et finalités nous permet ainsi de préciser davantage la notion de cohérence du droit proprement dite. Aussi, dirons-nous, qu'un ensemble de règles de droit est cohérent parce que celui-ci poursuit de manière adéquate une ou plusieurs valeurs compatibles entre elles qui se laissent, à leur tour, formuler sous forme de principes... dont ces règles peuvent à nouveau être déduites comme autant de concrétisations.

¹²⁶⁸ Il s'agit de la directive 76/207 du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail.

¹²⁶⁹ CJCE, 30 avril 1996, *P contre S et Cornwall County Council*, aff. C-13/94, *Rec.* 1996.I.02143.

¹²⁷⁰ F. OST, « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », *art. préc.*, pp. 141-142 : « *c'est que le système juridique ne sera jamais qu'un ensemble fluide toujours ouvert, une idée régulatrice, une totalité présomptive. Système de concepts légaux, système de règles de droit rassemblées par institutions, théories, branches, système de solutions juridiques subsumées par des principes généraux, système des évaluations légales... Nul ne peut décrire le système juridique dans toutes ses articulations, nul ne peut lui assigner des frontières précises, nul ne peut présumer avec exactitude l'effectivité de tous ses secteurs* ». Ces incertitudes sur les frontières du système juridique se retrouvent également dans les difficultés de déterminer les frontières d'un contexte (v. *supra*, n° 200).

¹²⁷¹ Cette analyse est d'ailleurs corroborée par l'un de usages linguistiques du mot « principe ». Selon le *Vocabulaire juridique* de l'association Henri Capitant (*op. cit.*, v° « Principe »), le mot principe signifie, en effet, en premier lieu, « *règle ou norme générale, de caractère non juridique d'où peuvent être déduites des normes juridiques* ». Cette définition correspond exactement à ce que nous venons d'affirmer ci-dessus.

L'analyse ci-dessus de la cohérence proprement dite est très largement inspirée de la pensée de M. MACCORMICK. Toujours est-il que l'auteur britannique, avec d'autres, distingue la cohérence du droit de la consistance du droit, comme si la consistance n'était pas elle aussi un aspect important de la notion de cohérence. C'est pour éviter cette dissociation injustifiée, selon nous, que nous proposerons au point suivant une distinction nouvelle.

D. – LA DISTINCTION ENTRE COHÉRENCE HORIZONTALE ET COHÉRENCE VERTICALE

700. Le processus de la concrétisation du droit met en lumière que deux normes peuvent se situer soit à un même degré de généralité et d'abstraction, soit à des degrés décalés. Ce décalage ou cette absence de décalage sur l'échelle de la concrétisation du droit expliquent notre distinction entre cohérence verticale et cohérence horizontale du droit. En effet, lorsque deux règles se trouvent plus ou moins à un même degré de généralité et d'abstraction, alors la relation qu'elles entretiennent relève, selon nous, de la cohérence horizontale du droit¹²⁷². En revanche, si deux normes en concurrence se situent à des degrés décalés sur l'échelle de la concrétisation du droit, alors leurs rapports s'inscrivent dans le champ d'une cohérence verticale ou transversale du droit.

701. Prenons deux exemples. L'on sait que l'article 1134, alinéa 1^{er}, du Code civil énonce que les « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». Imaginons maintenant un juge qui, confronté à un contrat à exécution successive, voudrait réviser les prix contractuellement stipulés, ces prix lui paraissant devenus manifestement trop faibles en raison de l'écoulement du temps et de l'inflation qui s'en est suivie. Face à cette situation, le magistrat pourrait être tenté d'affirmer la règle suivante : dans les contrats à exécution successive, le juge peut réviser le prix des prestations contractuelles, lorsque celui-ci est devenu manifestement insuffisant. Cette norme prétorienne possible, c'est-à-dire cette hypothèse, limitée aux contrats à exécution successive se trouverait dans un rapport d'(in)cohérence verticale avec l'article 1134 du Code civil, dans la mesure où le champ d'application de ce dernier paraît bien plus vaste que celui de la règle imaginaire.

¹²⁷² Il en va de même du rapport entre deux décisions singulières et concrètes (v. *supra*, n° 90 et s.) qui se trouvent par conséquent toujours dans un rapport d'(in-)cohérence horizontale.

702. Un autre exemple, permettra d'illustrer le cas de figure de l'incohérence horizontale. L'on se souvient de l'« histoire du guérisseur compétent »¹²⁷³. Dans cette « histoire » deux règles entraient en collision, à savoir la règle interdisant l'exercice illégal de la médecine et celle obligeant de porter secours à une personne en péril. La seconde de ces règles obligeait ainsi le guérisseur de venir en aide à des malades pour lesquels la médecine ne pouvait plus rien, alors que la première le lui interdisait. Ces deux règles paraissent se trouver dans un rapport de cohérence horizontale puisqu'elles semblent posséder à peu près le même degré de généralité et d'abstraction. Certes, cet exemple laisse également présager que dans certains cas l'on peut hésiter sur le rapport exact – horizontal ou vertical – entre deux normes, en sorte que les deux types de cohérence que nous venons de présenter expriment plutôt des approximations que des concepts précis. Il n'en reste pas moins que la cohérence verticale et la cohérence horizontale traduisent des rapports normatifs dont l'existence ne nous paraît guère contestable.

703. La distinction entre cohérence verticale et cohérence horizontale ne contredit nullement celle, exposée précédemment, entre consistance et cohérence du droit proprement dite¹²⁷⁴. En effet, la cohérence horizontale correspond à la consistance entre normes, tandis que la cohérence proprement dite s'identifie à ce que nous appelons la cohérence verticale. Toujours est-il que les images d'une cohérence horizontale et d'une cohérence verticale nous paraissent plus parlantes que la distinction entre consistance et cohérence.

704. De fait, la dissociation entre cohérence horizontale et cohérence verticale a d'abord l'avantage de désigner par un même mot – le mot « cohérence », précisément – deux aspects d'un même phénomène. Or, un auteur comme Neil MACCORMICK, ne voit dans la cohérence que ce que nous désignons par cohérence verticale, à l'exclusion de la cohérence horizontale¹²⁷⁵. Cette réduction de la notion de cohérence ne nous paraît pas souhaitable.

¹²⁷³ Pour le détail de cette « histoire », v. *supra*, n° 305.

¹²⁷⁴ Sur ce point, v. *supra*, n° 685 et s.

¹²⁷⁵ Cet auteur distingue très clairement « *cohérence* » et « *consistance* » (N. MACCORMICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, *op. cit.*, pp. 124-125 ; du même auteur, « Coherence in legal justification », *art. préc.*, p. 38). Comme lui, M. GUTMANN est également amené à distinguer « *cohérence proprement dite* » et « *consistance* » (D. GUTMANN, « “Le juge doit respecter la cohérence du droit”, Réflexions sur un imaginaire article 4 ½ du Code civil », *art. préc.*, p. 110).

705. Deux raisons nous poussent à rejeter un tel appauvrissement de la notion. D'une part, l'auteur britannique justifie sa distinction par un « *préjugé en faveur de l'idée de laisser différents mots servir des buts différents* »¹²⁷⁶. Cet argument linguistique – qui s'apparente à une présomption simple – peut être facilement renversé par un autre argument linguistique tiré du caractère conventionnel des significations. En effet, les auteurs se font traditionnellement une autre idée de la notion de cohérence. Quand ils parlent de cohérence, ils semblent d'abord penser à la consistance¹²⁷⁷. L'argument du préjugé linguistique n'emporte pas, dès lors, notre conviction.

706. D'autre part et surtout, la distinction entre cohérence et consistance occulte le fait que ces deux idées possèdent un point commun. De fait, en introduisant la notion de cohérence nous avons affirmé que la cohérence désignait un rapport substantiel ou sémantique de compatibilité entre normes. Maintenant, nous sommes à même de préciser que ce rapport existe à la fois entre des normes d'un même degré de généralité et des normes d'un degré de généralité différent. Pour reprendre notre terminologie du point précédent, nous pensons que la cohérence désigne un rapport substantiel de compatibilité à la fois entre règles, entre règles et principes, entre règles et finalités et entre les finalités ou les principes eux-mêmes. Pour nous, la cohérence se fonde donc toujours sur l'idée de compatibilité. La compatibilité apparaît ainsi comme le cœur aussi bien de la cohérence horizontale que de la cohérence verticale du droit. C'est pour marquer ce point commun décisif des rapports de compatibilité au sein du système juridique que nous suggérons d'utiliser toujours le même mot de « cohérence ».

¹²⁷⁶ N. MACCORMICK, « Coherence in legal justification », *art. préc.*, p. 38

¹²⁷⁷ En ce sens, v. p. ex. N. BOBBIO, « Le bon législateur », in *Le raisonnement juridique*, Actes du congrès mondial de philosophie du droit et de philosophie sociale, H. HUBIEN (actes publiés par), Bruxelles, Bruylant, 1971, p. 243. L'auteur italien voit dans la cohérence simplement la règle suivant laquelle « *deux propositions énoncées par le législateur ne peuvent être contradictoires* » (p. 244). Il identifie ainsi la cohérence à la consistance. Ch. HUBERLANT, « Antinomies et recours aux principes généraux », in *Les Antinomies en droit*, *op. cit.*, p. 204. Ce dernier auteur a une conception plus extensive de la cohérence puisqu'il y englobe outre la cohérence horizontale, la cohérence verticale : « *D'une manière sans doute imparfaite mais cependant très réelle, il y a [...] entre les règles d'un même système de droit non seulement une cohérence excluant la contradiction, mais aussi une harmonie qui découle de l'esprit général qui anime le système et se manifeste par la concordance des solutions choisies* » (p. 212). J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, *op. cit.*, n° 159, p. 307 : « *Il arrive qu'à l'intérieur d'une loi un peu étoffée, à plus forte raison à l'intérieur d'une codification, deux articles se contredisent. Un des postulats du droit étant sa propre cohérence – comme on postule la cohérence dans la pensée de tout être raisonnable – il faut supposer que la contradiction s'est glissée dans le texte par inadvertance, relâchement d'attention chez le législateur* ». Il suit de ce passage que CARBONNIER semble inclure avant tout dans la notion d'(in-)cohérence le rapport entre normes se situant à peu près à un même degré de généralité et d'abstraction.

707. Rappelons-nous que la compatibilité s'inspire du principe de non-contradiction en logique formelle¹²⁷⁸. Cependant, comme la contradiction logique (A et non-A) ne se retrouve guère dans le langage ordinaire (et donc en droit), les conflits de propositions sont bien moins évidents dans ce domaine. Ici les contradictions sont diffuses ; elles sont souvent incertaines. C'est pour indiquer clairement cette différence de certitude des contradictions entre le langage univoque de la logique et le langage ordinaire que nous avons remplacé, avec le *Traité de l'argumentation*, le concept de contradiction par celui d'incompatibilité¹²⁷⁹.

708. L'incompatibilité comme contradiction diffuse se retrouve, bien sûr, sur le plan de la cohérence horizontale et l'on pense aussitôt à notre exemple du conflit entre la règle obligeant un guérisseur à porter secours à une personne en péril et celle qui le punit, pour la même action, au titre de l'exercice illégal de la médecine. Mais que l'on ne s'y méprenne pas. Ces deux règles ne constituent nullement la négation pure et simple de l'une par l'autre. Le conflit n'apparaît que dans des circonstances bien particulières, celles d'un guérisseur compétent capable de sauver la vie de personnes pour lesquelles la médecine traditionnelle ne peut plus rien. Autrement dit, la collision des normes est circonstanciée ou contextuelle. On pourrait dire aussi que les deux règles se contredisent « un peu ».

709. Selon nous, on retrouve cette même idée de contradiction diffuse dans le domaine de la cohérence verticale. Mais ici l'opposition paraît encore moins radicale que dans le champ de la cohérence horizontale. Il reste qu'une règle est ou n'est pas compatible avec un certain principe. Elle est ou n'est pas compatible avec telle ou telle finalité. Prenons un exemple tiré de l'« histoire de l'enfant né handicapé », à savoir de l'arrêt *Perruche*¹²⁸⁰. Dans cette histoire, le débat portait sur la reconnaissance ou non de l'action en *wrongful life*, c'est-à-dire sur la question de savoir un enfant peut agir en justice pour obtenir réparation de son préjudice d'être né infirme. Traduit en langage du droit de la responsabilité, le problème était, ainsi que nous l'avons déjà vu, de choisir entre les deux hypothèses de qualification suivantes :

- *la vie infirme de l'enfant doit être qualifiée préjudice « légitime » et donc « réparable »* (hypothèse d'admission de l'action en *wrongful life*) ;

¹²⁷⁸ Sur la notion de « compatibilité », v. *supra*, n° 671 et s.

¹²⁷⁹ Sur ce point, v. *supra*, n° 675.

¹²⁸⁰ Pour l'exposé du détail de cette « histoire », v. *supra*, n° 629.

- *la vie infirme de l'enfant ne doit pas être qualifiée préjudice « légitime » et donc « réparable » (hypothèse d'admission de l'action en wrongful life).*

710. Dans le passage qui suit, l'Avocat général critique l'hypothèse d'admission de l'action en *wrongful life* au motif qu'elle est incompatible avec le principe de la dignité humaine¹²⁸¹ :

Le profit espéré d'une demande d'indemnisation formée au nom de l'enfant handicapé ne doit pas faire oublier qu'en termes de droits fondamentaux, admettre que sa naissance est un préjudice pour lui-même constitue **une atteinte au respect de sa dignité**. Dans la mesure où elle tend, à travers l'avortement dit thérapeutique mais aux effets eugéniques, à une différenciation des handicapés de naissance qui ne peut que "renforcer le phénomène social de rejet des sujets considérés comme anormaux", **l'action pour vie préjudiciable est contraire au principe formulé par l'article 16 du Code civil**¹²⁸² qui implique l'égalité de dignité des êtres humains. Il s'ensuit que l'intérêt à agir de l'enfant n'est pas légitime. (nous soulignons)

711. Ce passage permet d'illustrer notre pensée. De fait, même au niveau de la cohérence verticale l'idée de compatibilité reste centrale. C'est parce que l'hypothèse s'avère incompatible avec un principe général qu'elle est incohérente. Il est vrai qu'en l'occurrence les normes en conflit nous semblent particulièrement décalées sur l'échelle de la concrétisation du droit. D'une part, l'hypothèse d'admission de l'action en *wrongful life* conduit à affirmer une norme au champ d'application très restreint puisqu'elle ne consiste qu'à énoncer que lorsqu'un enfant est né infirme à la suite d'une erreur de diagnostic médical, sa vie infirme doit être qualifiée de préjudice légitime et réparable. D'autre part, le principe de la dignité humaine, quant à lui concerne, toute personne en toutes circonstances. Il reste qu'aux yeux de l'Avocat général, ces deux normes se contredisent.

712. Dans l'exemple qui précède nous avons analysé la cohérence verticale en termes de principes. Nous aurions pu faire les mêmes réflexions en termes de valeurs ou de finalités. Si nous ne l'avons pas fait, c'est qu'un tel développement nous a paru inutile, les finalités étant équivalentes aux principes. Qu'on songe un instant à la dignité humaine. Est-

¹²⁸¹ J. SAINTE-ROSE, *rapp. préc.*, p. 2308, col. droite.

¹²⁸² Cet article dispose : « La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie ».

elle finalité, valeur ou principe ?

Il nous reste à examiner certaines complications de la notion de cohérence avant de passer aux illustrations concrètes des divers arguments-type.

E. – LES COMPLICATIONS DE LA NOTION DE COHÉRENCE

713. Les complications de la notion de cohérence peuvent s'exprimer à travers trois critiques. Il est d'abord clair que cette notion ne fait que perpétuer les incertitudes qui affectaient déjà la notion de compatibilité elle-même. Or, nous l'avons vu, le constat de l'existence d'une compatibilité ou d'une incompatibilité est déjà le fruit d'une interprétation. Par conséquent, le constat ou non de la cohérence du droit, dépend lui aussi d'une interprétation des propositions en conflit et des incertitudes qui l'accompagnent. Ces incertitudes nous paraissent particulièrement importantes pour les incohérences verticales. En effet, plus deux normes diffèrent en leur degré de généralité et d'abstraction, moins il devient possible de considérer l'une comme la négation de l'autre, ce qui n'enlève rien, par ailleurs, aux difficultés de constatation d'une incohérence horizontale. Mais, ce qui semble ajouter aux incertitudes de reconnaître une incohérence verticale, c'est le flou inhérent à la généralité et à l'abstraction des principes. Plus la teneur d'un principe est indéterminée, plus il sera difficile d'évaluer sa compatibilité avec une autre norme.

714. Cette critique conduit ainsi à la suspicion suivant laquelle les arguments de cohérence, fruits d'une interprétation, ne seraient que des constructions aléatoires émanées de la subjectivité des interprètes¹²⁸³. Nous aborderions « *un domaine où règnent en maîtres les intuitions d'évidence, les affirmations de principe, les synthèses toutes faites* »¹²⁸⁴.

715. Avant de répondre à cette première critique, nous en formulerons une autre

¹²⁸³ En ce sens déjà, D. GUTMANN, « "Le juge doit respecter la cohérence du droit", Réflexions sur un imaginaire article 4 ½ du Code civil », *art. préc.*, p. 119.

¹²⁸⁴ F. OST, « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », *art. préc.*, p. 142.

encore, plus radicale celle-là. La cohérence ne serait qu'une « *illusion cognitive* »¹²⁸⁵, puisqu'il ne serait pas possible d'en connaître les exigences. Illustrons encore une fois avec l'exemple d'une argumentation développée dans l'arrêt *Perruche*¹²⁸⁶. Le problème, nous venons de le voir, concernait la reconnaissance ou non de l'action de vie préjudiciable par laquelle un enfant réclame à un médecin la réparation résultant pour lui de sa naissance handicapée. Ainsi que le reconnaissait M. le Conseiller SARGOS, il se posait un problème d'« *incompatibilité* » entre l'hypothèse d'amission de l'action de vie préjudiciable et le principe du respect de la personne humaine¹²⁸⁷. À la vérité, ajoutait-il, ce même principe peut justifier deux hypothèses opposées :

Où est le véritable respect de la personne humaine et de la vie : dans le refus abstrait de toute indemnisation, ou au contraire dans son admission qui permettra à l'enfant de vivre, au moins matériellement, dans des conditions plus conformes à la dignité humaine sans être abandonné aux aléas d'aides familiales, privées ou publiques¹²⁸⁸ ?

L'assemblée plénière de la Cour de cassation se trouve en définitive devant le choix, soit du refus d'admettre, sur le fondement du principe du respect de la personne humaine, toute réparation du préjudice de l'enfant, soit – et **d'une certaine façon ce serait au nom du même principe** – de l'admettre, mais bien entendu pour les seuls dommages résultant de ce handicap¹²⁸⁹ (nous soulignons).

716. Le passage ci-dessus est édifiant. Il peut arriver qu'un même principe puisse, au nom de la cohérence du droit, justifier tout aussi bien une solution que sa négation. En bref, pour revenir à notre critique, il serait impossible de connaître ce qu'en l'occurrence la cohérence du droit exigerait. De plus, il semble bien que la mise à l'épreuve d'une hypothèse juridique au nom de la cohérence du droit, nécessite la prise en considération du droit dans sa totalité. Or, « *on ne saurait demander au juge de tout connaître* », « *de maîtriser le droit dans*

¹²⁸⁵ D. GUTMANN, « “Le juge doit respecter la cohérence du droit”, Réflexions sur un imaginaire article 4 ½ du Code civil », *art. préc.*, p. 119.

¹²⁸⁶ Pour l'exposé du détail de cet arrêt, v. *supra*, n° 629.

¹²⁸⁷ P. SARGOS, *rapport préc.*, n° 44, col. gauche, p. 2301.

¹²⁸⁸ *Ibid.*, n° 44, p. 2302, col. droite.

¹²⁸⁹ *Ibid.*, n° 50, p. 2302, col. droite.

son ensemble, dans sa logique interne, dans son imbrication avec le social »¹²⁹⁰. Raison de plus, de soutenir la thèse de l'illusion cognitive de la cohérence : le droit est trop grand pour en saisir la cohérence !

717. Cette impossibilité cognitive de la cohérence nous conduit à une troisième critique, plus radicale encore, du concept de cohérence. Non seulement celle-ci serait impossible à connaître, mais, en vérité, elle n'existerait pas. Aussi la cohérence se nourrirait-elle d'une « *illusion ontologique* »¹²⁹¹. En d'autres mots, la cohérence du droit n'existerait pas, puisque, dans la réalité, « *le droit est largement incohérent* »¹²⁹². Il résulterait de cette incohérence viscérale du droit, tenant notamment au pluralisme des valeurs de nos sociétés modernes, à l'inflation des textes ou encore à la spécialisation et à l'autonomisation des branches du droit¹²⁹³, que l'insertion cohérente d'une solution dans le système juridique serait, à proprement parler, impossible.

718. Les critiques ci-dessus doivent, assurément, être prises au sérieux. Cependant, elles ne sont pas décisives, selon nous. Certes, dans certains cas, les exigences de la cohérence peuvent s'avérer incertaines, voire même indéterminables. De surcroît, il n'est guère douteux que le droit s'avère largement incohérent. Mais plutôt que de nous faire rejeter l'idée même de la cohérence du droit, ces critiques doivent nous pousser à la nuance. En ce qui concerne la critique de l'incertitude des exigences de la cohérence, il n'est peut-être pas inutile de rappeler que tout argument, quel qu'il soit, comporte toujours une part d'incertitude. L'incertitude est inhérente à l'argumentation, mais ce n'est pas pour autant que l'on a cessé d'argumenter. Le choix, à la vérité, est simple. Dans les domaines exclus des méthodes scientifiques de l'observation et de l'expérimentation, il n'existe pas d'autre moyen de preuve des solutions que celui d'une argumentation. Cela veut dire que le choix est entre une argumentation non contraignante, et donc incertaine, ou l'absence totale de preuve, et donc l'arbitraire. De plus, et c'est important, il est toujours possible de diminuer l'incertitude d'un argument de cohérence, par l'utilisation d'autres arguments. Cette argumentation supplémentaire peut alors prendre deux directions. Elle peut d'abord consister à argumenter l'argument de cohérence

¹²⁹⁰ D. GUTMANN, « “Le juge doit respecter la cohérence du droit”, Réflexions sur un imaginaire article 4 ½ du Code civil », *art. préc.*, p. 120.

¹²⁹¹ *Ibid.*, p. 119 et spéc. p. 120 et s.

¹²⁹² *Ibid.* p. 122.

¹²⁹³ *Ibid.*, p. 122.

lui-même, à justifier davantage la justification fondée sur la cohérence de la solution. Ensuite, il est également possible de juxtaposer à l'argument de cohérence un argument de nature différente, c'est-à-dire un autre test, comme par exemple un test conséquentialiste.

719. Les arguments de l'illusion cognitive et ontologique nous paraissent, quant à eux, excessifs. Certes, il nous semble parfaitement illusoire de vouloir saisir une quelconque signification d'ensemble du droit d'où l'interprète dégagerait, sous forme d'une ou de plusieurs propositions précises, les exigences de la cohérence du droit dans son ensemble. L'existence et la connaissance d'une telle signification d'ensemble supposeraient, en effet, un système idéal dans lequel toutes les normes pourraient être ramenées à des principes plus généraux qui ne seraient, eux-mêmes, que la concrétisation d'un seul ou de plusieurs principes suprêmes. Mais l'illusion d'une telle « *cohérence globale* » du droit ne semble pas remettre en cause l'existence et la possibilité de connaissance d'une « *cohérence locale* » du droit qui se fonderait, par exemple, sur des ensembles restreints de règles (p. ex. une loi déterminée ou une partie d'une telle loi)¹²⁹⁴.

720. Le caractère largement imparfait du droit semble situer la notion sur le terrain qui lui est véritablement propre. La cohérence relève en fait de « *l'idéal* »¹²⁹⁵. Elle est une « *idée régulatrice* »¹²⁹⁶. Elle n'est même qu'un idéal parmi d'autres, et l'on pense aussitôt à l'idéal de justice¹²⁹⁷. Il reste qu'en tant qu'idéal, l'exigence de cohérence exerce une fonction cruciale de légitimation dans l'activité juridictionnelle du magistrat. Celui-ci est, en effet, inévitablement amené à créer du droit, à imaginer des réponses précises aux questions qui se posent à lui et auxquelles le droit ne répond pas. Dans ce contexte, l'idéal de cohérence apparaît comme une « *contrainte* »¹²⁹⁸ ou une « *vertu* »¹²⁹⁹ légitimant l'activité créatrice des magistrats. C'est parce que la création prétorienne du droit est contrainte par l'exigence de cohérence, que l'exercice du pouvoir créateur devient légitime. En imaginant des solutions,

¹²⁹⁴ Ces expressions sont empruntées à M. GUTMANN (*ibid*).

¹²⁹⁵ *Ibid.*, p. 122. Adde, N. MACCORMICK, « Coherence in legal justification », *art. préc.*, p. 47. L'auteur dit de la cohérence qu'elle est « *a desirable ideal feature of a system of law* ».

¹²⁹⁶ L. J. WINTGENS, *Droit, principes et théories, Pour un positivisme critique, op. cit.*, p. 103.

¹²⁹⁷ En ce sens, v. N. MACCORMICK, « Coherence in legal justification », *art. préc.*, p. 47.

¹²⁹⁸ N. MACCORMICK, « Coherence in legal justification », *art. préc.*, p. 47.

¹²⁹⁹ D. GUTMANN, « «Le juge doit respecter la cohérence du droit», Réflexions sur un imaginaire article 4 ½ du Code civil », *art. préc.*, p. 123.

les juges doivent, en effet, prouver que leur décision est conforme au droit positif. Comme l'écrit Neil MACORMICK, « à moins que par le test de cohérence, un jugement ou une décision soit au moins 'faiblement dérivable' du droit existant, il n'est pas permis à des juges dans leur office judiciaire de rendre de tels jugements ou décisions, quelques désirables qu'ils puissent paraître sur d'autres fondements »¹³⁰⁰. En bref, « les juges doivent rendre justice conformément au droit positif, et non légiférer à partir de ce qui leur paraît idéalement bon pour la société »¹³⁰¹. Aussi la cohérence apparaît-elle comme le point d'équilibre entre, d'une part, l'activité créatrice du juge et, d'autre part, la « primauté ultime du législateur »¹³⁰².

Passons aux argumentations concrètes, à la diversité des arguments de cohérence.

§ II – LA DIVERSITÉ DES ARGUMENTS DE COHÉRENCE

721. Nous venons de voir que la notion de cohérence a trait au système juridique en ce sens qu'elle désigne, entre autres, un rapport de compatibilité entre normes (règles et principes). Ce rapport nous procure d'emblée un premier argument de cohérence que nous appellerons « argument de compatibilité normative » (A). Mais nous avons encore recensé d'autres arguments invoquant la cohérence du droit. Il s'agit de l'argument du fondement (B), de l'argument moyen-fin (C) et des arguments fondés sur le principe d'égalité (D).

A. – L'ARGUMENT DE COMPATIBILITÉ NORMATIVE

722. L'argument de compatibilité normative est *un argument de cohérence du droit qui justifie l'adoption ou le rejet d'une hypothèse juridique en affirmant qu'elle est compatible ou incompatible avec une ou plus plusieurs normes appartenant ou non au système juridique*. Cet argument mesure ainsi la compatibilité d'une hypothèse juridique avec

¹³⁰⁰ N. MACCORMICK, « Coherence in legal justification », *art. préc.*, p. 47.

¹³⁰¹ N. MACCORMICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, *op. cit.*, p. 126.

¹³⁰² D. GUTMANN, « "Le juge doit respecter la cohérence du droit", Réflexions sur un imaginaire article 4 ½ du Code civil », *art. préc.*, p. 123.

une ou plusieurs autres normes – règles ou principes – faisant partie du droit positif ou encore avec des principes non positifs mais néanmoins justificateurs. Il exclut, par conséquent, les rapports de compatibilité avec les finalités n’ayant pas pris la forme d’une norme.

723. Un premier exemple de ce type d’argument nous est fourni par « l’histoire du plombier » qui est l’un des volets de notre « histoire sur les actions directes »¹³⁰³. Cette « histoire » posait le problème de la qualification contractuelle ou non de l’action en responsabilité exercée entre des personnes que l’on appelle des « contractants extrêmes ». De telles personnes n’ont, certes, pas contracté directement les unes avec les autres, mais elles font partie d’un même groupe de contrats¹³⁰⁴. Dans « l’histoire du plombier », une action en responsabilité était exercée directement par le propriétaire d’une maison (le maître de l’ouvrage) contre un plombier (le sous-traitant) ayant effectué des travaux de plomberie à la demande de l’entreprise en charge de la construction de la maison (l’entrepreneur principal). Cette action était-elle de nature contractuelle ou délictuelle ? Pour répondre à cette question, il fallait répondre à un problème plus large : que signifie le mot « *partie* » au contrat figurant à l’article 1165 du Code civil¹³⁰⁵ ? Deux interprétations de ce mot se trouvaient en concurrence, l’une restrictive, l’autre extensive. D’après l’hypothèse d’interprétation restrictive, seule la personne qui a effectivement, ou personnellement subjectivement, consenti au contrat peut être qualifiée « partie au contrat ». Suivant l’hypothèse d’interprétation extensive, la notion s’étend à toute personne faisant partie d’un groupe de contrats et donc même aux personnes n’ayant pas directement consenti les unes à l’égard des autres. D’où les deux hypothèses d’interprétation suivantes :

- *l’on doit entendre par « partie » les personnes ayant subjectivement consenti à un contrat (l’hypothèse d’interprétation restrictive) ;*
- *l’on doit entendre par « partie » toutes les personnes faisant partie d’un même groupe de contrat (l’hypothèse d’interprétation extensive).*

¹³⁰³ L’« histoire du plombier » est tirée de Ass. plén., 12 juillet 1991, *Besse*, GACIV N° 171-174, RJDA 1991.583, concl. R. MOURIER, rapp. P. LECLERCQ. L’autre volet dans cette « histoire » résulte de l’arrêt *Jakob Handte* rendu par la CJCE. Sur cet arrêt, v. *infra*, n° 738.

¹³⁰⁴ Le groupe de contrats réunit « *des contrats qui sont liés entre eux soit parce qu’ils portent sur un même objet, soit parce qu’ils concourent à un même but* » (F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 503, p. 506).

¹³⁰⁵ L’article 1165 du Code civil dispose que « *les conventions n’ont d’effet qu’entre les parties contractantes ; [...]* » (nous soulignons).

724. L'Avocat général MOURIER avait rejeté l'hypothèse d'interprétation extensive au motif qu'elle était incompatible avec d'autres règles fondamentales du droit des contrats¹³⁰⁶ :

[D]ans le droit fil de l'autonomie de la volonté, la qualité de partie ne peut résulter que de la volonté de s'obliger, c'est-à-dire du consentement de celui qui contracte [c'est l'hypothèse d'interprétation restrictive¹³⁰⁷]. La validité de la convention est subordonnée par l'article 1108 du Code civil à ce consentement et si les conventions « tiennent lieu de loi » ce n'est bien évidemment, selon l'article 1134, « *qu'à ceux qui les ont faites* » (souligné dans le texte). [...]

Peut-on imposer la qualité de partie à celui qui n'a pas donné son consentement [c'est l'hypothèse d'interprétation extensive] ? M. Ph. Conte (Gaz. Pal. 1989.899, sous CA Agen 7 décembre 1988) prend nettement position en observant : « cette démonstration (selon laquelle la thèse contractuelle ne porte pas atteinte à l'article 1165) repose sur un artifice. Si l'article 1165 paraît respecté c'est parce que l'on a commencé par modifier la notion classique de partie au contrat. Pour résoudre le problème, on décide autrement dit d'en fausser les termes... *en rompant le cordon ombilical qui a toujours relié l'article 1165 à l'article 1134* » (souligné dans le texte).

725. L'argument ci-dessus tente d'établir à la fois la cohérence de l'interprétation restrictive et l'incohérence de l'hypothèse d'interprétation large. Dans le premier paragraphe cité, l'Avocat général établit la cohérence entre l'hypothèse d'interprétation restrictive et deux autres textes fondamentaux du Code civil, à savoir l'article 1108 relatif à la formation du contrat¹³⁰⁸ et l'article 1134 énonçant le principe de la force obligatoire des conventions¹³⁰⁹. L'un et l'autre de ces textes se réfèrent à l'idée d'un *consentement subjectif* au contrat. Or, l'hypothèse d'interprétation restrictive limite précisément le concept de « partie » aux personnes ayant subjectivement consenti au contrat. En résumé, l'hypothèse d'interprétation

¹³⁰⁶ R. MOURIER, p. 587, col. gauche et col. droite.

¹³⁰⁷ Cette hypothèse d'interprétation restrictive, nous dit l'Avocat général, est fondée sur le principe de l'autonomie de la volonté. En l'occurrence, l'avocat général invoque un argument du fondement imbriqué avec des arguments de compatibilité normative. Sur l'argument du fondement, v. *infra*, n° 729.

¹³⁰⁸ L'article 1108 dispose notamment que « *le consentement de la partie qui s'oblige* » est une condition essentielle à « *la validité d'une convention* ».

¹³⁰⁹ L'article 1134, alinéa 1, du Code civil dispose que « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi, à ceux qui les ont faites* ».

restrictive limite la notion de « partie », figurant à l'article 1165 du Code civil, à ceux ayant subjectivement consenti au contrat, l'article 1134 du même Code limite l'effet obligatoire des contrats à ceux qui y ont subjectivement consenti et l'article 1108 exige, comme condition de validité du contrat, un consentement subjectif. Aussi l'hypothèse véhicule-t-elle la même idée que les deux autres textes fondamentaux.

726. Le conflit apparaît avec l'hypothèse d'interprétation large admettant dans le cercle des « parties » mêmes ceux qui n'ont pas consenti subjectivement, mais qui font partie du même groupe de contrats. C'est ainsi que l'Avocat général relève l'incompatibilité – « la rupture du cordon ombilical » – que provoquerait l'hypothèse d'interprétation large avec le *principe de l'effet obligatoire des contrats*¹³¹⁰. Cet argument consiste à dire que l'on ne peut pas affirmer que les contrats obligent seulement ceux qui y ont consenti (a. 1134 C. civ.) tout en disant en même temps que l'on doit inclure dans le concept de « partie » au contrat même ceux qui n'y ont pas consenti mais qui font partie d'un même groupe de contrat (a. 1165 C. civ.). Ajoutons, enfin, que l'article 1165, énonçant le *principe de l'effet relatif du contrat*, et l'article 1134, édictant le *principe de la force obligatoire des conventions*, nous semblent posséder à peu près le même degré de généralité et d'abstraction. Or, comme l'hypothèse d'interprétation du mot « partie » a trait à l'interprétation de l'article 1165 dans toute sa généralité et abstraction, il nous semble tout à fait légitime de considérer que l'argument s'inscrit, en l'espèce, dans le champ de ce que nous avons appelé la « cohérence horizontale » du droit¹³¹¹.

727. Au cours de l'« histoire de l'enfant né handicapé »¹³¹², l'arrêt *Perruche* nous a déjà donné l'occasion de présenter deux arguments de compatibilité normative jouant cette fois-ci sur le lien de cohérence verticale. Ces précédentes illustrations nous dispensent désormais de nous livrer à des développements plus longs. Retenons simplement un dernier petit exemple emprunté à Lord ACKNER dans l'arrêt anglais de la même « histoire ». Le magistrat britannique réfutait l'hypothèse de l'admission d'une action en *wrongful life*, ainsi

¹³¹⁰ En l'espèce, l'argument d'incompatibilité est combiné avec un argument d'autorité. Il s'agit de l'autorité d'un auteur, M. Conte.

¹³¹¹ Sur ce point, v. *supra*, n° 700.

¹³¹² Pour le détail de cette « histoire », v. *supra*, n° 629.

que l'obligation d'avorter qu'elle aurait, selon lui présupposée¹³¹³ :

Je ne puis accepter que l'obligation de prudence, issue de la *common law*, envers une personne, puisse entraîner, sans aucune législation spécifique sur ce point, l'obligation légale envers cette personne, qu'elle soit ou non *in utero*, de mettre fin à son existence.

Une telle proposition est totalement contraire au concept de la sainteté de la vie humaine (nous soulignons).

728. Il est vrai que cet exemple fait hésiter sur la qualification exacte à donner au « concept de la sainteté de la vie humaine ». S'agit-il d'une norme, d'un principe non positif, voire même d'une finalité ? À notre sens, la question est dépourvue d'importance. De fait, si le « concept de sainteté de la vie humaine » constitue une norme, positive ou non, l'argument mis en œuvre est un argument de compatibilité normative. S'il s'agit, au contraire, d'une finalité, l'argument serait un argument moyen-fin que nous aurons bientôt l'occasion d'étudier. Mais auparavant, nous examinerons un autre argument-type de la cohérence du droit.

B. – L'ARGUMENT DU FONDEMENT JURIDIQUE

729. L'argument du fondement juridique est *un argument de cohérence du droit qui justifie l'adoption d'une hypothèse juridique en affirmant qu'elle se présente comme la conséquence déduite d'une ou de plusieurs règles ou principes*. C'est ce rapport déductif qui assure la compatibilité de l'hypothèse avec son fondement. L'argument du fondement, qui n'est d'ailleurs pas répertorié par les ouvrages spécialisés de l'argumentation¹³¹⁴, peut prendre deux formes¹³¹⁵. D'après un schéma que nous avons déjà amplement approfondi, l'hypothèse

¹³¹³ Lord ACKNER, Cour d'appel d'Angleterre, 19 févr. 1982, *McKAY and another v Essex Area Health Authority and another*, *The All England Law Reports*, 1982.787, a.

¹³¹⁴ Néanmoins, Jean CARBONNIER, en présentant les « règles pratiques d'interprétation », répertorie comme « procédé d'interprétation » celui de la « recherche du fondement d'une règle ou de la nature juridique d'une institution » (en italiques dans le texte) (*Droit civil, Introduction, op. cit.*, n° 156, p. 300). L'auteur en dit ceci : « *D'une analyse théorique l'interprète déduit des conséquences pratiques* » (*ibid.*).

¹³¹⁵ L'argument du fondement n'est, en définitive, rien d'autre qu'un *argument pragmatique* renversé (sur ce argument, v. *infra*, n° 814). Si ce dernier consiste à penser les conséquences d'une hypothèse pour conclure à son rejet ou à son admission, l'argument du fondement considère l'hypothèse elle-même comme une conséquence d'une prémisse ou d'un ensemble de prémisses de nature à fonder l'hypothèse.

peut d'abord être présentée comme une concrétisation¹³¹⁶ d'un principe supérieur en généralité et en abstraction. Tout se passe alors comme si l'hypothèse n'était qu'une *déduction* d'un principe supposé admis. Dans son autre version, l'argument du fondement sort du processus de la concrétisation du droit et vient s'inscrire plus simplement dans un rapport causal. L'hypothèse n'est plus une illustration d'un principe plus général. Elle est simplement une conséquence d'une ou de plusieurs règles. Voyons quelques illustrations.

730. Prenons d'abord l'exemple d'un argument du fondement basé sur le processus de la concrétisation du droit. Cet exemple est tiré de l'« histoire de la supériorité des traités » et plus précisément de l'arrêt *Costa c. E.N.E.L.* rendu par la Cour de justice des communautés européennes¹³¹⁷. En l'espèce, la difficulté juridique soulevée était celle d'un conflit de lois entre deux normes, l'une de source nationale, l'autre de source communautaire. Laquelle de ces normes devait prévaloir, sachant qu'en l'occurrence une loi nationale italienne était postérieure aux dispositions communautaires issues du Traité de Rome du 25 mars 1957 ? La Cour opta en faveur de l'hypothèse de la primauté du droit communautaire en se servant d'un argument du fondement resté célèbre¹³¹⁸ :

[A]ttendu qu'à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la C.E.E. a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des États membres lors de l'entrée en vigueur du traité et qui s'impose à leur juridictions ;

qu'en effet, en instituant une Communauté de durée illimitée, dotée d'institutions propres, de la personnalité, de la capacité juridique, d'une capacité de représentation internationale et plus particulièrement de pouvoir réels issus d'une limitation de compétence ou d'un transfert d'attributions des États à la Communauté, ceux-ci ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains et créé ainsi un corps de droit applicable à leur ressortissants et à eux-mêmes ;

attendu que **cette intégration au droit de chaque pays membre de dispositions qui proviennent de source communautaire, et plus généralement les termes et l'esprit du traité, ont pour corollaire l'impossibilité pour les États de faire prévaloir, contre**

¹³¹⁶ Sur la notion de « concrétisation », v. *supra*, n° 113 et n° 116.

¹³¹⁷ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, aff. 6/64, *Rec.* 1964.1179, concl. M. LAGRANGE. Pour plus de détails sur cette histoire, v. *supra*, n° 430.

¹³¹⁸ *Arrêt préc.*, pp. 1158-1159.

un ordre juridique accepté par eux sur une base de réciprocité, une mesure unilatérale ultérieure qui ne saurait ainsi lui être opposable (nous soulignons).

731. Dans le passage ci-dessus, la Cour de Luxembourg justifie l'hypothèse de la primauté du droit communautaire en la déduisant ou en la considérant comme une conséquence de ce qu'elle appelle ailleurs la « *notion de communauté* »¹³¹⁹. De fait, l'hypothèse de la primauté du droit communautaire peut – et doit selon la Cour – être considérée comme une suite ou une concrétisation du caractère propre et intégré de l'ordre juridique communautaire¹³²⁰. Prenons un autre exemple tiré, cette fois-ci, de la décision française intervenue sur la même question de la supériorité des traités. Cette fois-ci, le rapport entre le fondement et l'hypothèse n'est plus vraiment de concrétisation, mais plutôt de causalité.

732. Dans l'arrêt *Jacques Vabre*¹³²¹, le principal problème était, comme dans l'arrêt *Costa c. E.N.E.L.*, un problème de conflit de lois entre une disposition issue du Traité de Rome et une loi nationale postérieure. Or, contrairement au Traité de Rome qui ne comporte pas de disposition explicite quant à sa supériorité hiérarchique sur d'éventuelles règles nationales empiétant sur son champ d'application¹³²², la Constitution française contient une telle règle de conflit de lois. Dans son article 55, elle énonce, en effet, que « *les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ». Il existe donc en droit français une règle ordonnant la supériorité hiérarchique du traité sur la loi nationale. Cependant, cet article n'était pas sans ambiguïtés. Il posait,

¹³¹⁹ *Ibid.*, p. 1160 : « *le transfert opéré par les États, de leur ordre juridique interne au profit de l'ordre juridique communautaire, des droits et obligations correspondant aux dispositions du traité, entraîne donc une limitation définitive de leurs droits souverains contre laquelle ne saurait se prévaloir un acte unilatéral ultérieur incompatible avec la notion de Communauté* » (nous soulignons).

¹³²⁰ Lorsqu'on lit les deux premiers paragraphes de l'arrêt cité ci-dessus, on a l'impression que l'hypothèse juridique n'est pas déduite d'un ensemble de règles ou de principes, mais d'un ensemble de faits. En effet, cette hypothèse serait la conséquence d'un ordre juridique qui *est* intégré au système juridique des États-membres. On nous dit que la Communauté *est* à durée illimitée, elle *est* dotée d'institutions propres etc. Il reste que selon nous le fondement invoqué est, non pas factuel, mais normatif. De fait, c'est le traité C.E.E., c'est-à-dire un ensemble de normes, qui fonde l'hypothèse, même si ce traité contribue à forger une réalité nouvelle. L'univers des normes et l'univers des faits sont étroitement enlacés.

¹³²¹ Ch. mixte, 24 mai 1975, *D.* 1975.497, concl. TOUFFAIT ; *GADIP* N°55-56. Pour plus de détails sur cet arrêt, v. *supra*, n° 339 et n° 430.

¹³²² En ce sens, v. J. BOULOIS, R.-M. CHEVALLIER, note sous, CJCE, 15 juillet 1964, *GACJCE*, t. 1, N° 31, p. 140.

notamment, la question de savoir quels en étaient les destinataires. Autrement dit, ce texte s'adresse-t-il ou non au juge ordinaire pour mettre en œuvre le critère hiérarchique qu'il énonce ? Deux hypothèses pouvaient être tirées de cette interrogation, l'une reconnaissant la compétence du juge ordinaire pour mettre en œuvre l'article 55 de la Constitution, l'autre la déniait. Il est vrai que la même problématique de la compétence était susceptible d'être formulée encore autrement. De fait, puisque seul le Conseil constitutionnel est compétent pour contrôler la constitutionnalité des lois, l'on pouvait également se poser la question de savoir si le contrôle de conformité d'une loi avec un traité relevait ou non du contrôle constitutionnel¹³²³. Cette question nouvelle faisait naître, à son tour, deux hypothèses nouvelles, l'une reconnaissant le caractère constitutionnel du contrôle – et donc l'incompétence du juge ordinaire – l'autre déniait ce caractère – et reconnaissant, de ce fait, la compétence des magistrats de l'ordre judiciaire. Le Procureur général TOUFFAIT retint l'hypothèse de la compétence du juge judiciaire en la déduisant d'un arrêt du Conseil constitutionnel qui avait précédé de peu la décision à prendre dans l'arrêt *Jacques Vabre*¹³²⁴ :

Heureusement, je puis me dispenser de vous proposer un long raisonnement juridique pour essayer de vous démontrer qu'il ne s'agit pas d'une question de constitutionnalité, car depuis le dépôt de ce pourvoi est intervenue une décision du Conseil Constitutionnel en date du 15 janv. 1975. Le Conseil était saisi par 81 députés [...] du texte de loi relative à l'interruption volontaire de grossesse telle qu'elle avait été adoptée par le Parlement. [...]

Que répond le Conseil constitutionnel ?

« Que l'art. 61 de la Constitution lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen ; que si les dispositions de l'art. 55 de la Constitution confèrent aux traités une autorité supérieure à celle des lois, elles n'impliquent pas que le respect de ce principe doive être assuré par le Conseil constitutionnel ».

On peut donc conclure de cette prise de position du Conseil constitutionnel qu'il doit l'être par les juridictions auxquelles ce problème est posé, et il leur appartient, sous peine de déni de justice, d'y répondre » (souligné par l'auteur et par nous-mêmes).

¹³²³ En ce sens, TOUFFAIT, *concl. préc.*, p. 502, col. gauche.

¹³²⁴ *Ibid.*, p. 502, col. gauche et droite.

733. D'après le Procureur général TOUFFAIT, il appartient aux juges judiciaires de contrôler la conformité des lois aux traités internationaux, parce que le Conseil constitutionnel refuse d'exercer un tel contrôle. L'hypothèse de compétence du juge judiciaire pour exercer un contrôle de conventionalité des lois se déduit donc comme une conséquence de l'incompétence du juge constitutionnel pour exercer le même contrôle. Remarquons que ce raisonnement du style « puisque ce n'est pas lui, c'est moi », ne s'imposait nullement. En effet, de ce que le Conseil constitutionnel refusait de contrôler la conventionalité des lois, il ne suivait pas nécessairement que les juges ordinaires dussent le faire. Il eût également été possible de décider que le juge judiciaire, en aucun cas, « *ne peut ni censurer, ni méconnaître une loi* »¹³²⁵.

734. Nous nous permettons d'invoquer encore un dernier exemple tiré de la jurisprudence anglaise. Cet exemple emprunté à « l'histoire de l'enfant né handicapé »¹³²⁶ est spécialement intéressant en ce qu'il met en lumière qu'un argument du fondement peut également être utilisé, d'une manière négative, pour démontrer qu'une hypothèse n'a *pas* de fondement. Rappelons que l'hypothèse testée était celle de l'admission de l'action de vie préjudiciable impliquant elle-même, selon le juge STEPHENSON, l'admission d'une obligation pour le médecin d'avorter l'enfant susceptible de naître handicapé. Pour le juge britannique, cette hypothèse devait être rejetée car dépourvue d'un fondement légal :

C'est toujours la loi, qu'il est illégal d'ôter la vie à un enfant né ou à une personne vivante après la naissance. Mais la loi sur l'avortement de 1967 a procuré aux mères un droit de mettre fin à la vie de leurs enfants non encore nés et a permis légalement aux médecins de les aider à avorter¹³²⁷. [...]

¹³²⁵ Telle fut la formule retenue par Madame le Commissaire du Gouvernement QUESTIAUX dans ses conclusions relatives à un arrêt du Conseil d'État du 1 mars 1968, dit des « Semoules ». Elle avait alors réfuté l'hypothèse de la compétence du juge administratif en s'exclamant que : « *vous ne pouvez pas, [...], contrôler la conformité de la loi avec le Traité, car le juge administratif ne peut faire l'effort qui lui est demandé sans modifier, de sa seule volonté, sa place dans les institutions. Il ne peut ni censurer, ni méconnaître une loi* » (cité par, TOUFFAIT, *concl. préc.*, p. 501, col. gauche). Ajoutons que dans cette affaire, très particulière, le Conseil d'État, sans poser de principe, avait implicitement fait prévaloir la loi nationale au détriment d'un règlement communautaire antérieur (*ibid.*, p. 500, col. droite).

¹³²⁶ Cet exemple est tiré de Cour d'appel d'Angleterre, 19 févr. 1982, *McKAY and another v Essex Area Health Authority and another*, *The All England Law Reports*, 1982.771. Pour plus de détails sur l'« histoire de l'enfant né handicapé », v. *supra*, n° 629.

¹³²⁷ *Ibid.*, p. 780, e.

Il n'est pas douteux que l'enfant aurait pu légalement être privé de sa vie par un avortement auquel se serait soumise sa mère avec l'aide et le conseil du médecin. Mais, **de ce que le médecin peut légalement faire à un fœtus ce qu'il ne pourrait légalement faire à une personne qui est née, il ne résulte pas qu'il était tenu par une obligation légale envers le fœtus de le faire et de mettre fin à sa vie, ou que le fœtus avait un droit légal de mourir**¹³²⁸ (nous soulignons).

735. En l'occurrence il n'était pas possible de considérer l'hypothèse de l'admission d'une obligation d'avorter l'enfant comme une conséquence de la loi sur l'interruption volontaire de grossesse. Au regard de cette loi, l'hypothèse ne pouvait être fondée. Ce type d'argument nous paraît cependant assez faible, du moins, en général. En effet, il ne résulte nullement d'une impossibilité de fonder une hypothèse sur une prémisse déterminée, la conséquence qu'il faille la rejeter. Un ou plusieurs autres fondements restent toujours concevables.

Passons maintenant à un autre argument de cohérence particulièrement important dans le raisonnement juridique.

C. – L'ARGUMENT MOYEN-FIN

736. D'après l'argument moyen-fin, c'est la fin qui justifie le moyen¹³²⁹. Dans l'argumentation en général, cet argument consiste à apprécier la valeur d'une chose ou d'une action en fonction de sa finalité¹³³⁰. Aussi, dira-t-on, par exemple, que les voitures électriques sont préférables aux voitures à essence parce que les premières permettent de mieux protéger l'environnement que les secondes. Transposé à la mise à l'épreuve des hypothèses juridiques, l'argument moyen-fin consiste à *justifier une hypothèse par la finalité qu'elle met en œuvre*.

¹³²⁸ *Ibid.*, p. 781, b.

¹³²⁹ Sur ce type d'argument, v. Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, *op. cit.*, § 64, pp. 368 et s. ; Ch. PERELMAN, *L'empire de la rhétorique*, *op. cit.*, pp. 98 et s. ; B. BUFFON, *La parole persuasive, Théorie et pratique de l'interrogation rhétorique*, *op. cit.*, pp. 181-182 ; O. REBOUL, *Introduction à la rhétorique*, *op. cit.*, pp. 179-180.

¹³³⁰ Il est vrai que l'on peut également se servir du rapport moyen fin pour justifier la fin par le moyen. Ainsi, peut-on, par exemple, justifier la valeur d'un examen, par la difficulté des épreuves (B. BUFFON, *La parole persuasive*, *op. cit.*, p. 181).

737. L'argument moyen-fin est bien connu par la doctrine juridique sous le nom de « méthode d'interprétation téléologique ». Celle-ci consiste, on le sait, à rechercher la signification d'un texte par sa finalité : la *ratio legis*¹³³¹. « Pour bien interpréter un texte, écrit par exemple M. PESCATORE, *il est essentiel de saisir clairement la ratio legis, de reconnaître p. ex. quels sont les intérêts que la loi a pour but de protéger, quel est l'abus qu'elle a pour but de prévenir, quel est le résultat politique ou social qu'elle tend à réaliser...* »¹³³².

738. Prenons l'exemple de la décision communautaire dans ce que nous avons appelé l'« histoire sur les actions directes »¹³³³. Celle-ci posait le problème de la qualification contractuelle ou non d'une action en responsabilité exercée entre contractants extrêmes dans une chaîne de contrats¹³³⁴. En l'espèce, une société française, installée à Bonneville, dans les Alpes, avait acheté et fait fixer des systèmes d'aspiration sur des machines à polir des métaux. Or, le vendeur et l'installateur de ces systèmes d'aspiration, la société *Handte France*, établi à Strasbourg, avait lui-même acheté ces machines auprès de la société *Handte Allemagne*. Aussi étions-nous en présence d'une chaîne de contrats de vente, allant du vendeur initial établi en Allemagne jusqu'à l'acheteur final (le sous-acquéreur) établi, nous le disions, à Bonneville. Hélas, comme les machines s'étaient révélées impropres à l'usage, l'acheteur exerça une action en responsabilité, entre autres, contre le vendeur initial en Allemagne.

739. L'action exercée contre le vendeur initial souleva un problème de compétence juridictionnelle internationale au regard de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968

¹³³¹ J.-L. BERGEL, « La découverte du sens en droit par la finalité », in *La découverte du sens en droit*, op. cit., p. 67.

¹³³² P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, op. cit., n° 234, p. 341. Il n'est peut-être pas inutile d'insister sur certaines difficultés liées à la finalité des textes. Il se pose d'abord un problème d'« exploration » des finalités (J.-L. BERGEL, « La découverte du sens en droit par la Finalité », art. préc., p. 69). Or celles-ci, outre le fait de pouvoir être multiples pour un même texte, sont souvent « implicites », en sorte qu'une détermination de la ou des finalités doit alors précéder la détermination des significations (*ibid.*, p. 73). De plus, avec le vieillissement des textes, l'exploration des finalités ne manquera pas de placer l'interprète devant le problème du choix entre la finalité voulue par le « législateur historique » et celle supposée d'un « législateur actuel » (*ibid.*, p. 69). Enfin, il existe également dans le droit, à côté des finalités spéciales de tel ou tel texte, des finalités d'ordre tout à fait général, comme, par exemple, la sécurité juridique ou encore l'unité de la jurisprudence. Rien n'empêche bien évidemment celles-ci d'inspirer également une interprétation téléologique et de concurrencer éventuellement d'autres finalités.

¹³³³ Sur le versant français de cette histoire (l'arrêt *Besse*), v. *supra*, n° 723.

¹³³⁴ CJCE, 17 juin 1992, *Jakob Handte et Cie c. TMCS*, aff. C. 26/91, *Rec.* 1992.I.3967, concl. JACOBS, *Rev. crit. DIP* 1992.726, note H. GAUDEMET-TALLON.

relative à compétence internationale en matière civile et commerciale. Sans entrer dans le détail de l'explication de ce problème de compétence, remarquons simplement qu'il se posait, pour déterminer le tribunal compétent, un problème d'interprétation de l'article 5-1° de la Convention, lequel édicte une règle de compétence alternative et spéciale « *en matière contractuelle* »¹³³⁵. D'où la question suivante : l'action du sous-acquéreur contre le vendeur initial devait-elle être qualifiée de contractuelle ou non ? À la vérité, cette question en cachait une autre, préalable, sur le type d'interprétation à effectuer. L'interprétation de l'expression « *matière contractuelle* » figurant à l'article 5-1° de la Convention de Bruxelles devait-elle constituer une interprétation autonome ou bien devait-elle s'effectuer en vertu de la loi nationale applicable à l'action du sous-acquéreur ? Aussi, la Cour de justice des Communautés européennes, compétente pour interpréter la Convention¹³³⁶, avait-elle à choisir d'abord entre une hypothèse d'interprétation autonome de l'expression « *matière contractuelle* » et une hypothèse d'interprétation nationale. Elle adopta l'hypothèse d'interprétation autonome avec un argument moyen-fin combiné, il est vrai, à un argument du précédent¹³³⁷ :

[S]elon une jurisprudence constante (voir arrêt du 22 mars 1983, *Peters*, points 9 et 10, 34/82, *Rec.* p. 987, et arrêt du 8 mars 1988, *Arcado*, points 10 et 11, 9/87, *Rec.* 1539), la

¹³³⁵ La Convention de Bruxelles, remplacée aujourd'hui par le règlement 44/2001 du 22 décembre 2000, prévoyait d'abord une règle de compétence générale dans son article 2, alinéa 1, donnant compétence aux tribunaux de l'ordre juridique du défendeur. Il en va de même du règlement. En l'espèce, comme le vendeur initial avait son siège en Allemagne, c'étaient donc les tribunaux Allemands qui, en vertu de cette règle, eussent été compétents au lieu du Tribunal de Bonneville saisi par le demandeur. L'article 5-1° prévoyait, toutefois, une règle de compétence alternative ou complémentaire. Il disposait que le défendeur peut aussi être attrait « *en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande doit être exécutée* ». Le tribunal de grande instance de Bonneville, approuvé en cela par la cour d'appel de Chambéry, s'était déclaré compétent pour connaître de l'action du demandeur sur le fondement précisément de l'article 5-1°. Cela dit, il faut le reconnaître, même si l'action en responsabilité avait relevé de la matière contractuelle, il n'était pas sûr pour autant que le tribunal de Bonneville eût été compétent. En effet, pour la société *Handte Allemagne*, le lieu d'exécution du contrat n'était pas Bonneville, mais Strasbourg, siège de la société *Handte France* (v. en ce sens, l'Avocat général JACOBS, *concl. préc.*, n° 28). Il est vrai que dans la jurisprudence antérieure au règlement de 2000, la détermination du « lieu où l'exécution qui sert de base à la demande » n'était pas le lieu d'exécution effective du contrat vente, mais le lieu déterminé par la loi applicable à l'obligation litigieuse (CJCE, 6 oct. 1976, *Tessili*, *Rev. Crit.* 1977.751, note Gothot et Holleaux). Cependant, il est douteux que la loi applicable puisse désigner comme lieu de livraison des marchandises le lieu du domicile d'un sous-acquéreur. Le règlement de 2000 a tenté de simplifier quelque peu les choses en précisant au b) de l'article 5-1° que le lieu d'exécution de l'obligation est, pour les contrats de vente, le lieu « *où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis* ». Il semble donc, d'après ce texte, que si l'action avait été qualifiée de contractuelle, le tribunal compétent aurait été celui de Strasbourg, lieu où les marchandises ont été livrées par *Handte Allemagne*. Rappelons enfin qu'aujourd'hui la Convention de Bruxelles ne reste applicable plus que dans les rapports des États-membres avec le Danemark (v. le règlement 44/2001, art 1(3)).

¹³³⁶ Cette compétence résulte du Protocole de Luxembourg du 3 juin 1971.

¹³³⁷ *Arrêt préc.*. Pour l'argument ou le test du précédent, v. *supra*, n° 545.

notion de « matière contractuelle », au sens de l'article 5, point 1, de la convention, doit être interprétée de façon autonome, en se référant principalement aux système et objectifs de cette Convention, **en vue de l'application uniforme de celle-ci dans tous les États contractants** (nous soulignons) ; cette notion ne saurait, dès lors, être comprise comme renvoyant à la qualification que la loi nationale applicable donne au rapport juridique en cause devant la juridiction nationale (pt. 10).

740. Dans le passage qui précède, la justification de l'hypothèse d'interprétation autonome est inférée d'un rapport moyen-fin. En effet, nous dit la Cour, ce type d'interprétation est le moyen pour assurer une application uniforme de la Convention dans les États-membres. Il est intéressant d'extrapoler cette justification avec un argument identique utilisé par le M. Conseiller rapporteur LE DAUPHIN sur la question du contrôle ou non par la Cour de cassation de la notion de « connexité » des dettes¹³³⁸. Le rapporteur corrobora l'hypothèse de contrôle par l'argument suivant¹³³⁹ :

Le contrôle de la Cour de cassation sur la notion de créances connexes est, à mon sens, nécessaire parce qu'il **est la condition de l'unité de la jurisprudence** en la matière et que celle-ci doit être strictement préservée (nous soulignons).

741. Encore une fois, c'est l'objectif d'unité de la jurisprudence ou d'uniformité dans l'application des règles de droit qui justifie l'hypothèse juridique. Mais, revenons à l'arrêt *Handte* de la Cour de justice et à l'action du sous-acquéreur contre le vendeur initial. Le choix était, disions-nous, entre deux hypothèses : l'hypothèse de la qualification contractuelle et l'hypothèse de la qualification non contractuelle de l'action en responsabilité. Les juges de Luxembourg rejetèrent l'hypothèse de la qualification contractuelle au motif, notamment, que celle-ci n'était pas un moyen permettant d'assurer l'objectif de protection ou de sécurité juridique poursuivi par la Convention¹³⁴⁰ :

[L]**objectif de la protection juridique** des personnes établies dans la Communauté, que la Convention entend, entre autres, réaliser, exige que les règles de compétence qui dérogent au principe général de cette Convention soient interprétées de façon à permettre

¹³³⁸ Com., 14 mai 1996, *Société Rolex*, D. 1996.502, rapp. H. LE DAUPHIN. Sur la problématique des « dettes connexes », v. déjà *supra*, n° 575.

¹³³⁹ H. LE DAUPHIN, *rapp. préc.*, p. 503, col. gauche.

¹³⁴⁰ CJCE, 17 juin 1992, *arrêt. préc.*

à un défendeur normalement averti de prévoir raisonnablement devant quelle juridiction, autre que celle de l'État de son domicile, il pourrait être attiré (pt. 18).

Or, il convient de constater que, dans une situation telle que celle visée en l'espèce au principal, l'application de la règle de compétence spéciale, prévue par l'article 5, point 1, de la convention, au litige opposant le sous-acquéreur d'une chose au fabricant n'est pas prévisible¹³⁴¹ pour ce dernier et est, dès lors, **incompatible avec le principe de sécurité juridique** (pt. 19). (nous soulignons, même doublement)

742. L'hypothèse de la qualification contractuelle doit donc être rejetée parce qu'elle est incompatible avec le principe de sécurité juridique. Cet argument nous paraît particulièrement intéressant. Il corrobore d'abord notre idée suivant laquelle les finalités et les principes sont des concepts équivalents¹³⁴². En l'espèce, la Cour de justice parle indistinctement de l'« objectif de protection juridique des personnes » et du « principe de sécurité juridique ». Ensuite le passage cité montre également que les arguments moyen-fin sont bel et bien des arguments de compatibilité¹³⁴³.

743. Les magistrats français se servent également d'arguments moyen-fin pour corroborer ou réfuter leurs hypothèses¹³⁴⁴. En voici un exemple emprunté à l'« histoire sur la supériorité des traités » et, plus précisément, à l'arrêt *Jacques Vabre*¹³⁴⁵. Cet arrêt, nous l'avons vu, répondait à un problème d'interprétation de l'article 55 de la Constitution

¹³⁴¹ L'application de l'article 5-1° n'est pas prévisible pour le vendeur initial, parce que ce vendeur se trouve, en principe, dans l'impossibilité de prévoir qui sera l'acheteur final, sauf bien sûr le cas où le contrat entre le vendeur initial et le revendeur intermédiaire précise que les marchandises doivent être livrées auprès du sous-acquéreur (v. en ce sens, l'Avocat général JACOBS, *concl. préc.*, n° 28 et n° 29).

¹³⁴² Sur ce point, v. *supra*, n° 696.

¹³⁴³ Pour renforcer encore le crédit de notre opinion suivant laquelle les arguments moyen-fin sont des arguments de compatibilité, nous nous permettons de citer le Conseil constitutionnel dans un passage relatif au principe d'égalité : « *Considérant que, si le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce qu'une loi établisse des règles non identiques à l'égard de catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes, il n'en est ainsi que lorsque cette non-identité est justifiée par la différence des situations et n'est pas incompatible avec la finalité de cette loi. [...]. Considérant que, s'agissant de la désignation de membres d'une juridiction, la circonstance que des électeurs emploient un nombre de salariés plus important que d'autres ne justifie pas que leur soit attribué un droit de vote plural ; qu'en effet, cette différenciation n'est pas compatible avec la finalité d'une opération électorale qui a pour seul objet la désignation de membres d'une juridiction* » (nous soulignons) (Cons.const. 78-101 DC, 17 janvier 1979, *Conseil des Prud'hommes*, Rec. p. 23).

¹³⁴⁴ Cette affirmation résulte déjà rien que de la reconnaissance par les auteurs français de l'existence d'une méthode d'interprétation téléologique (v. *supra*, n° 737).

¹³⁴⁵ Ch. mixte, 24 mai 1975, D. 1975.497, *concl. TOUFFAIT ; GADIP N°55-56*. Pour plus de détails sur cet arrêt, v. *supra*, n° 339.

reconnaissant aux traités une « *autorité supérieure à celle des lois* ». Toujours est-il que cette formule ne précisait pas si les traités devaient uniquement prévaloir sur les lois « antérieures » ou bien s'ils l'emportaient également sur les lois qui leur sont « postérieures ». Les juges avaient donc à choisir entre deux hypothèses d'interprétation de l'article 55, l'une étroite, car limitée aux seules lois antérieures, l'autre large, puisque recouvrant tout aussi bien les lois antérieures que celles postérieures. Le Procureur général TOUFFAIT justifia le choix de l'hypothèse d'interprétation large au motif, notamment, d'un argument moyen-fin¹³⁴⁶ :

L'analyse des textes, conforme à l'éthique internationale voulue par les constituants de 1946 et 1958, conduit [...], inéluctablement, à considérer que la notion de supériorité sur la loi n'a de sens qu'à l'égard des lois postérieures au traité, puisqu'à l'égard des lois antérieures la réponse est évidente, comme il est évident que l'ordre juridique international ne peut être réalisé et se développer que si les Etats appliquent avec loyauté les conventions qu'ils ont signées, ratifiées et publiées (nous soulignons).

744. En l'occurrence, en rédigeant l'article 55 de la Constitution de 1958, les constituants, tout comme leurs prédécesseurs de 1946, avaient pour objectif la mise en œuvre d'une véritable éthique internationale¹³⁴⁷ et la création d'un véritable ordre juridique international. Or, la réalisation de ces objectifs nécessite le respect par les États de leurs obligations internationales – il s'agit, peut-on dire, du principe de loyauté. L'argument moyen-fin consiste alors à dire que l'hypothèse d'interprétation large est le seul moyen de réaliser ce principe de loyauté, lequel à son tour est un moyen indispensable à l'instauration d'un véritable ordre juridique international et à la réalisation d'une certaine éthique internationale.

745. Voici encore un dernier exemple d'un argument moyen-fin emprunté à la jurisprudence anglaise et plus spécialement à notre « affaire sur le transsexualisme ». Dans l'arrêt *Bellinger v Bellinger*¹³⁴⁸ la House of Lords avait à choisir entre deux hypothèses

¹³⁴⁶ TOUFFAIT, *concl. préc.*, p. 503, col. droite.

¹³⁴⁷ Quelques lignes auparavant, le Procureur général avait précisé « *qu'il ne peut exister de relations internationales, si les conventions diplomatiques peuvent être mises en échec par les décisions unilatérales des puissances contractantes et le devoir pour l'État de respecter ses obligations internationales devient un principe fondamental [...]* » (*ibid.*, p. 503, col. gauche).

¹³⁴⁸ House of Lords, 10 avril 2003, *Bellinger v Bellinger*, *The All England Law Reports*, 2003, t. 2, p. 593; <http://www.publications.parliament.uk>.

d'interprétation du mot « femme » (ou « homme ») figurant dans la loi sur les affaires matrimoniales de 1973. D'après l'article 11 (c) de cette loi un mariage est déclaré nul à moins que les parties soient « *respectivement un homme et une femme* ». Or, *Madam Bellinger* avait, avant son mariage avec *Mister Bellinger*, fait l'objet d'un traitement hormonal et d'une opération de conversion sexuelle transformant l'apparence de son corps en celui d'une femme. Dès lors, l'on comprend le problème d'interprétation posé par l'affaire. La House of Lords avait à choisir entre une hypothèse d'interprétation extensive, suivant laquelle le mot « femme » englobait les transsexuels transformés en femme et une hypothèse d'interprétation restrictive se limitant au seul sexe anatomique de la naissance. Lord NICHOLLS of BIRKENHEAD rejeta l'hypothèse d'interprétation large de la manière suivante¹³⁴⁹ :

Simplement, il doit y avoir quelque critère objectif, publiquement reconnaissable par lequel le changement de sexe doit être fixé. Si possible, le critère devrait être capable d'être appliqué facilement dans le but de produire une réponse raisonnablement claire. [...] **Il doit y avoir un degré suffisant de certitude** (nous soulignons). Autrement, comme une majorité de la Cour d'appel l'a observé, l'applicabilité de la loi à une personne souffrant d'un trouble de l'identité sexuelle serait dans un état de total confusion [...]. (n° 42)

Cette juridiction **n'est pas dans une position de décider** où la ligne de démarcation [entre l'appartenance à l'un ou à l'autre sexe] devrait être judicieusement ou raisonnablement tirée. L'endroit où cette ligne devrait être tracée est loin d'être évident par soi. Les décisions des antipodes [de Nouvelle Zélande et d'Australie] [...] n'identifient pas un principe clair et convaincant à cet égard. Le jugement dissident du juge Thorpe dans la présente affaire [il s'agit de la décision d'appel] n'en a pas procuré non plus. De même, la Cour européenne des droits de l'homme dans *Goodwin v. United Kingdom* [...]. Il n'existe pas davantage d'uniformité parmi les 13 États-membres de l'Union européenne qui consacrent la reconnaissance légale d'un changement de sexe. Les pré-conditions de cette reconnaissance varient considérablement. (n° 43)

746. Lord NICHOLLS of BIRKENHEAD raisonne, comme la Cour de justice des Communautés européennes dans l'arrêt *Handte*, à partir de l'objectif ou du principe de la sécurité juridique. Il affirme que l'hypothèse d'interprétation large doit être réfutée parce

¹³⁴⁹ Lord NICHOLLS of BIRKENHEAD, *arrêt préc.*

qu'elle ne permet pas d'assurer cet objectif de sécurité. Il n'y a pas, nous dit-il, de moyen adéquat en vertu de cette fin. L'hypothèse, quelle qu'en soit la formulation, n'est pas à même d'énoncer avec suffisamment de certitude les conditions de la reconnaissance d'un changement de sexe.

747. Dans ce point, consacré à l'argument moyen-fin, nous voulions simplement démontrer qu'il était possible de mettre à l'épreuve des hypothèses juridiques en les présentant comme des moyens justifiés par la fin qu'ils poursuivent. Parmi ces finalités justificatrices, nous avons rencontré notamment l'objectif de la sécurité juridique et l'objectif d'unité du droit. de ces objectifs, il est possible de faire des arguments moyen-fin spécifiques que l'on peut baptiser, par exemple, « l'argument de la sécurité juridique » ou « l'argument d'unité du droit ». On le voit, rien n'interdit de pousser plus loin l'analyse de la classe des arguments moyen-fin pour en répertorier des catégories spécifiques.

748. Voici donc un dernier argument moyen-fin spécifique que nous mentionnons parce qu'il est particulièrement célèbre. Il s'agit de la maxime *cessante ratione legis, cessat lex* : lorsque disparaît la raison de la loi, la loi aussi doit être écartée¹³⁵⁰. À vrai dire, cette maxime d'interprétation est un moyen de lutter contre les interprétations extensives. : « *une loi ne doit pas être appliquée à des cas qui, à la lettre, paraissent compris dans ses dispositions, mais sont rationnellement exclus en tant qu'ils sont étrangers à la raison de la loi* »¹³⁵¹. Aussi bien, l'argument consiste-t-il à affirmer qu'une hypothèse d'interprétation large – celle qui invoque le sens littéral – doit être écartée parce qu'elle n'est plus justifiée par la fin poursuivie. Prenons l'exemple de l'article 1325 du Code civil imposant pour la preuve des contrats synallagmatiques d'établir autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct¹³⁵². Cette disposition a pour but d'éviter qu'une seule des parties détenant l'original unique ne puisse abuser de sa position de force, en modifiant, par exemple, les engagements souscrits. Toujours est-il que la raison de cette disposition cesse, quand les parties remettent l'original à un tiers digne de confiance. Dans ce cas, un seul original suffira¹³⁵³. En bref, l'interprétation extensive et littérale qui aurait consisté à appliquer l'article 1325 à tous les

¹³⁵⁰ Cette traduction est empruntée à M. CORNU (*Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens, op. cit.*, n° 412, p. 173).

¹³⁵¹ *Ibid.*

¹³⁵² L'exemple est emprunté à CARBONNIER (*Droit civil, Introduction, op. cit.*, n° 157, 302).

¹³⁵³ Civ. 3^{ème}, 5 mars 1980, *Bull. civ.* III, n° 52.

contrats synallagmatiques, sans exception aucune, doit être rejetée.

Passons à un autre type d'arguments particulièrement célèbre dans la pensée juridique.

D. – LES ARGUMENTS FONDÉS SUR LE PRINCIPE D'ÉGALITÉ

749. Avant de passer en revue chacun de ces arguments, il nous paraît nécessaire d'y consacrer quelques considérations génériques. La première des ces considérations concerne le principe d'égalité que nous avons déjà rencontré¹³⁵⁴. Rappelons que du point de vue de la logique formelle « *deux objets a et b sont égaux, s'ils sont interchangeables, c'est-à-dire si toute propriété de l'un de ces objets est aussi une propriété de l'autre. En termes normatifs, il en résulte que, si a et b sont égaux, tout ce qui est dit de l'un doit pouvoir être dit de l'autre, car ces deux affirmations sont équivalentes, ont la même valeur de vérité* »¹³⁵⁵. En droit, une telle égalité théorique n'est guère concevable, puisqu'on imagine mal que deux cas de figure identiques puissent jamais se produire. Le principe d'égalité, pour trouver une quelconque application en droit, nécessite ainsi d'être atténué. Il s'ensuit que les juristes entendent par égalité le principe suivant lequel *il faut traiter de la même façon des cas essentiellement semblables*. Ce principe, que PERELMAN avait appelé la « *règle de justice formelle* »¹³⁵⁶, fonde certains des arguments les plus célèbres de l'argumentation juridique. Il s'agit de l'argument par analogie, appelé encore argument *a simili* ou *a pari*, de l'argument *a fortiori* et de l'argument *a contrario*. Ce sont ces arguments que nous examinerons sous ce point.

750. La deuxième considération porte sur le caractère prétendument « logique » des arguments *a pari*, *a contrario* et *a simili*. En effet, en ce qui concerne l'argument par analogie à tout le moins, certains auteurs estiment qu'il s'agit d'un « *mécanisme rigoureusement*

¹³⁵⁴ Sur ce point, v. *supra*, n° 103 et s.

¹³⁵⁵ Ch. PERELMAN, « La règle de justice », *Dialectica, Revue internationale de philosophie de la connaissance*, Tirage à part, vol. 14, n° 2/3, 15.6.-15.9.1960, p. 231.

¹³⁵⁶ *Ibid.*, p. 233. Sur la « règle de justice formelle », v. la bibliographie *supra*, note n° 172.

logique »¹³⁵⁷, tandis que d'autres prétendent qu'elle « échappe à toute logique formelle »¹³⁵⁸.

751. Cette contradiction provient peut-être du sens variable que les auteurs attachent au mot « logique »¹³⁵⁹. D'après une conception large, la logique se confond tout simplement avec le « *raisonnement sous toutes ses formes* »¹³⁶⁰. À ce titre, elle comporte alors, outre la logique formelle, l'ensemble des arguments dont on se sert dans une argumentation destinée à faire admettre une opinion ou à justifier une décision¹³⁶¹. Avec une telle définition, tous les arguments développés dans cette thèse relèveraient de la « logique ».

752. En un sens strict, le terme « logique » est réservé à la logique formelle. Celle-ci tient son nom de ce qu'elle ne s'intéresse nullement au contenu des propositions qui composent un raisonnement, mais seulement à la manière de les organiser entre elles. Pour faire bref, le respect, dans un raisonnement, des règles de la logique formelle permet d'affirmer que *si* les prémisses du raisonnement sont vraies, *alors* la conclusion le sera nécessairement aussi. Autrement dit, la logique formelle ne s'intéresse qu'à la forme des raisonnements et non à leur contenu, c'est-à-dire à la question de savoir si les propositions enchaînées sont *effectivement* vraies ou non¹³⁶². Or, certains auteurs classent dans la catégorie

¹³⁵⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, op. cit.*, n° 159, p. 306. Adde, G. CORNU, « Le règne discret de l'analogie », *R.R.J.* 1995.4.1067. Il est vrai que l'on peine à comprendre ces auteurs puisqu'ils affirment à la fois que l'analogie est rigoureusement logique et qu'elle est « *perçue comme un besoin de poésie* » (J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 159, p. 306) ou qu'elle est « *inventive et primesautière* » (G. CORNU, *art. préc.*, p. 1076). Il faudrait choisir !

¹³⁵⁸ En ce sens, v. p. ex. J.-L. BERGEL, « Les fonctions de l'analogie en méthodologie juridique », *R.R.J.* 1995.4.1080.

¹³⁵⁹ En ce sens, pour l'« interprétation logique », v. F. OST, « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », *art. précit.*, pp. 117-118 : « *L'expression "interprétation logique" est ambiguë. Alors que pour certains théoriciens, [...], cette interprétation se réduit à l'usage des seuls arguments de la logique formelle, pour d'autres auteurs, l'interprétation logique comprend l'ensemble des procédés et arguments destinés à découvrir l'esprit de la loi ou "sententia legis"* ».

¹³⁶⁰ Ch. PERELMAN, *L'empire de la rhétorique, op. cit.*, p. 18. Adde, M.-L. MATHIEU-IZORCHE, *Le raisonnement juridique, op.cit.*, p. 1 : « *on peut dire que la logique [au sens large] est susceptible de décrire correctement le raisonnement juridique, comme d'ailleurs toute autre forme de raisonnement* ».

¹³⁶¹ Ch. PERELMAN, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique, op. cit.*, n° 5 et n° 98, pp. 5 et 177. Adde, M.-L. MATHIEU-IZORCHE, *Le raisonnement juridique, op.cit.*, p. 1 : la conception large de la logique inclut « *l'ensemble des processus rationnels et argumentatifs par lesquels on parvient à une décision* ».

¹³⁶² En ce sens, v. R. BLANCHÉ, *Introduction à logique contemporaine*, Paris, Armand Colin, col. Cursus, 1996, pp. 8 et s. Adde, Ch. PERELMAN, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique, op. cit.*, n° 1, p. 1 : en logique formelle « *la validité de l'inférence ne dépend en rien de la matière sur laquelle on raisonne, car celle-ci peut être empruntée aux domaines les plus divers de la pensée : c'est la forme même du raisonnement qui garantit sa validité* ». Sur tous ces points, v. déjà nos considérations sur le syllogisme juridique *supra*, n° 20 et s.

des « arguments logiques » les seuls arguments garantis par les lois de la logique formelle¹³⁶³. Ces arguments sont précisément les arguments par analogie (*a pari* ou *a simili*), *a contrario* et *a fortiori*.

753. Il ne faudrait surtout pas croire, cependant, que cette conformité aux lois de la logique formelle de certains arguments rende ces raisonnements rigoureux. En effet, comme la logique formelle ne s'intéresse qu'à la forme des raisonnements et non au contenu des prémisses enchaînées, il faudra, bien évidemment, avant de déduire quoique ce soit, établir lesdites prémisses du raisonnement. Or, cet établissement des prémisses, antérieur à toute déduction formelle, échappe à la logique formelle. En droit, ainsi que les logiciens l'admettent eux-mêmes, l'établissement des prémisses d'une déduction logique relève des « règles extra-logiques » de l'interprétation du droit¹³⁶⁴. Or, c'est dans la mise en œuvre de ces « règles » extra-logiques que réside toute l'incertitude de nos arguments logiques. Si ceux-ci se laissent finalement réduire à un schéma formel, il n'en reste pas moins vrai que cette réduction est affectée des aléas de toute interprétation¹³⁶⁵. Avant, par exemple, de déduire « logiquement » de ce que les hommes sont soumis au service militaire que les femmes le sont aussi, il faut bien sûr justifier en quoi les femmes se trouvent dans une situation analogue à celle des

¹³⁶³ En ce sens, v. G. KALINOWSKI, *Introduction à la logique juridique, Éléments de sémiotique juridique, logique des normes et logique juridique*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de philosophie du droit, 1965, p. 160. Adde, P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, op. cit., pp. 422 et s. ; F. OST, « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », *art. préc.*, pp.120 et s.

¹³⁶⁴ Quand M. KALINOWSKI parle des règles extra-logiques de l'interprétation, il pense par exemple à l'argument des travaux préparatoires, à celui tiré du titre sous lequel figure le texte à interpréter (argument *a rubrica*) ou encore à l'argument qui tire parti de la place du texte à interpréter (argument *pro subjecta materia*) (*Introduction à la logique juridique*, op. cit., pp. 141 et 160). L'auteur oppose ces règles extra-logiques de l'interprétation, qui seraient « purement juridiques », aux règles de raisonnement « paralogiques » empruntées à la logique rhétorique (l'argument d'autorité, *a generali sensu*, *ratione legis stricta*). Nous ne partageons pas cette opposition puisque ces deux catégories de « règles » constituent des arguments relevant de la logique de l'argumentation et parce que nous doutons très fortement du fait qu'il existe des arguments « purement » juridiques. De plus, nous pensons que le terme de « règle » est inadapté puisque nous ne voyons pas en quoi ces arguments constitueraient des règles. Quoiqu'il en soit, il reste vrai que la déduction formelle est précédée par une argumentation ayant pour but d'établir les prémisses de la déduction. Aussi, M. KALINOWSKI écrit-il très justement que les règles logiques de raisonnement sont « subordonnées » aux « règles » extra-logiques de l'interprétation du droit (*ibid.*, p. 162).

¹³⁶⁵ PERELMAN et OLBRECHTS-TYTECA font la même remarque au sujet des arguments qu'ils nomment « quasi-logiques » et qui sont inspirés de la logique formelle ou des mathématiques (par exemple, l'argument d'incompatibilité fondé sur le principe logique de la non-contradiction ou encore l'argumentation par le ridicule fondé sur le raisonnement par l'absurde en mathématiques) (*Traité de l'argumentation*, op. cit., § 45, pp. 259 et s.). A chaque fois, nous disent les auteurs, la mise en œuvre d'un tel argument quasi-logique suppose des « opérations de réduction » permettant d'insérer les données dans le schéma formel qui a inspiré l'argument (*ibid.*, p. 259).

hommes. Or, rien n'est moins certain que cela¹³⁶⁶.

754. Nous pensons que ces considérations sur le caractère « logique » de certains arguments ne sont pas sans importance. Elles peuvent, en particulier, résoudre cette contradiction récurrente entre auteurs dont nous venons de faire état et qui consiste à faire de ces arguments tantôt un raisonnement rigoureusement logique, tantôt un raisonnement échappant à toute logique¹³⁶⁷. En effet, ainsi que nous venons de le voir, l'établissement des prémisses d'une analogie ou d'un argument *a contrario* ou *a fortiori* échappe à la logique formelle. Mais une fois ces prémisses établies, il est parfaitement possible d'en déduire une conclusion rigoureuse sur le plan formel. Cela dit, *quant au fond, aucun de ces arguments n'est rigoureux, c'est-à-dire contraignant*¹³⁶⁸ ! Ils sont tous discutables.

755. Cette incertitude viscérale des arguments « logiques » s'explique avant tout par le fait qu'ils opèrent dans le domaine des interprétations du silence du législateur¹³⁶⁹. Une situation ne tombe sous le champ d'application d'aucune règle explicite du droit positif. Qu'est-ce à dire ? Peut-on alors lui appliquer une règle prévue pour une situation similaire mais non identique – et c'est l'argument d'analogie ? Ou bien, le silence du législateur signifie-t-il, au contraire, qu'il a entendu exclure une telle extension analogique, que les

¹³⁶⁶ M. KALINOWSKI écrit que « le nerf de l'argument par analogie se trouve dans le jugement de valeur juridique des faits comparés. S'ils sont reconnus de valeur égale, l'interprète du droit raisonne déductivement :

“Les faits ayant du point de vue juridique la même valeur entraînent les mêmes conséquences juridiques.

Or les faits A et B sont d'égale valeur juridique.

Donc l'un et l'autre entraînent les mêmes conséquences juridiques” » (Introduction à la logique juridique, *op. cit.*, p. 166). Certes, l'auteur proposera par la suite un perfectionnement de cette présentation. Dans un souci de concision et de simplicité nous ne la rapporterons pas toutefois.

¹³⁶⁷ *Supra*, n° 751.

¹³⁶⁸ Nous nous permettons ici une interrogation sans véritablement y répondre. De fait, nous ne sommes pas spécialistes de la logique formelle ce qui nous empêche de critiquer les auteurs initiés. Nous doutons cependant du fait que seuls les arguments *a pari*, *a contrario* et *a fortiori* constituent des arguments logiques en ce sens qu'ils se laisseraient réduire à un schéma formel. Une telle réduction n'est-elle pas possible pour tous les arguments ? En effet, ainsi que PERELMAN le remarquait, « il y a toujours moyen de transformer une argumentation quelconque en un syllogisme, en ajoutant une ou plusieurs prémisses supplémentaires » (Ch. PERELMAN, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique, op. cit.*, n° 3, p. 2). Prenons un exemple basé sur un argument d'autorité : *Toute opinion soutenue par un auteur reconnu doit être admise. Or, l'opinion défendue par l'Avocat de M. X est soutenue par un grand auteur. Donc, cette opinion doit être admise.* Cette déduction nous paraît parfaitement correcte sur le plan formel, mais hautement critiquable sur le plan matériel. Si l'on peut ainsi s'« amuser » à reconstruire tous les types d'arguments en syllogismes, n'est-ce pas la preuve que la catégorie des arguments logiques n'existe pas. En effet, celle-ci n'a d'intérêt qu'en l'opposant à d'autres arguments « non-logiques ». Mais si tous les arguments peuvent ainsi être qualifiés « logiques », ne vaut-il pas mieux en conclure qu'aucun ne l'est ?

¹³⁶⁹ Sur le silence du législateur et le problème des lacunes, v. *supra*, n° 346 et s.

choses doivent rester en l'état – et c'est l'argument *a contrario*. On le voit, ces arguments constituent autant de moyens pour justifier des « conjectures » sur le caractère lacunaire de la loi¹³⁷⁰.

Ces précisions apportées, passons successivement en revue l'argument d'analogie, l'argument *a fortiori* et l'argument *a contrario*.

a) L'argumentation d'analogie

Nous distinguerons deux formes d'analogie, bien qu'il soit certainement possible d'en distinguer d'autres¹³⁷¹. Il s'agit de ce que nous appelons l'« analogie simple » et l'« analogie d'ensemble » qui est, à la vérité, une induction.

¹³⁷⁰ Le mot « conjecture » est emprunté à Pierre PESCATORE qui écrit que l'argument *a contrario* est « *une simple conjecture fondée sur le silence du législateur* » (*Introduction à la science du droit, op. cit.*, n° 237, p. 348). Cette affirmation nous paraît, assurément, exacte, sauf à remarquer que les arguments par analogie et *a fortiori* constituent eux aussi des moyens pour faire des conjectures sur le silence du législateur. En outre, il nous paraît très important de rappeler que nous n'étudions pas les arguments dans leur *fonction heuristique* mais dans leur *fonction justificative* (sur cette distinction, v. *supra*, n° 530). De fait, nous ne nous posons pas la question de savoir comment on *trouve* une solution, mais comment on la *prouve*, une fois qu'elle a été découverte. Il ne reste pas moins vrai que si les arguments d'analogie, *a fortiori* et *a contrario* permettent de justifier des hypothèses, ils permettent aussi d'en découvrir, c'est-à-dire de faire des conjectures.

¹³⁷¹ Les deux formes d'analogie que nous distinguons sont l'*analogie simple* et l'*analogie d'ensemble*. Celles-ci raisonnent l'une comme l'autre sur des normes. Cela dit, il convient de ne pas oublier que l'analogie n'est pas propre au droit, mais qu'il s'agit d'un raisonnement général défini comme « *tout raisonnement concluant en vertu d'une ressemblance entre les objets sur lesquels on raisonne* » (A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie, op. cit.*, v. « raisonnement par analogie »). Cette *analogie générale*, se distingue toutefois de l'*analogie rhétorique* (v. *infra*, note n° 1376) qui n'est pas fondée sur un *rapport de ressemblance* entre deux termes, mais sur une *ressemblance de rapports* entre quatre termes. Si cette analogie rhétorique semble bien différer des analogies traditionnelles de la méthodologie juridique, rien n'exclut cependant qu'un juriste se serve dans son argumentation juridique d'une analogie rhétorique. Enfin, les « analogies juridiques » sont, ce nous semble, plus variées que les deux formes que nous nous proposons d'examiner. L'analogie simple conclut d'une règle à une autre règle d'un même degré de généralité, l'analogie d'ensemble induit d'un ensemble de règles éparses un principe général. Mais il existe, par exemple, également des analogies concluant d'un ensemble de règles à un autre ensemble, sans affirmer pour autant un principe général. A ce titre l'on pourrait citer l'arrêt *Scheffel* affirmant que « *la compétence internationale [des tribunaux français] se détermine par extension des règles de compétence territoriale interne* » (Civ., 1^{ère} sect., 30 octobre 1962, *GADIP*, N° 37).

1. L'analogie simple : la notion traditionnelle

756. Traditionnellement les juristes entendent par « analogie » un argument ou un raisonnement qui consiste à étendre l'effet juridique énoncé par une règle pour un cas de figure déterminé à un autre cas de figure non encore réglé, mais qui lui est néanmoins semblable. Cet argument, appelé encore « argument *a pari* » ou « argument *a simili* » raisonne ainsi en partant d'un cas prévu par une règle *unique* à un cas non prévu¹³⁷². C'est cette unicité ou simplicité de l'objet de l'extension analogique – la règle unique – qui explique que la doctrine allemande parle de « Einzelanalogie »¹³⁷³, terme que nous traduisons par l'expression « analogie simple »¹³⁷⁴. Il y a ainsi analogie simple dans l'extension d'une pension compensatoire (effet) prévue pour les femmes au foyer élevant des enfants (cas prévu) aux hommes restant, comme elles, à la maison (cas non prévu).

757. Cependant, nous ne retiendrons pas telle quelle la définition classique de l'analogie. Celle-ci se place, en effet, sur un point de vue psychologique et pédagogique en décrivant la *manière* dont se fait ou doit se faire une analogie¹³⁷⁵. Or, notre point de vue étant

¹³⁷² En ce sens, v. par exemple J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, op. cit.*, n° 159, p. 306 : « du cas prévu par le texte la solution est étendue à un cas non prévu, mais qui est semblable ». Adde, G. CORNU, « Le règne discret de l'analogie », *art. préc.*, p. 1067 : l'analogie est « un procédé d'interprétation du droit qui consiste à appliquer par identité de raison *a pari* (ratione), à un cas non réglé par le droit, la solution établie pour un cas semblable ».

¹³⁷³ En ce sens, v. K. LARENZ, Cl.-W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft, op. cit.*, K. 5, 2, b), p. 204 ; E. A. KRAMER, *Juristische Methodenlehre, op. cit.*, III, 4, ee), p. 149.

¹³⁷⁴ Il est vrai que cette traduction n'est pas véritablement fidèle à l'expression allemande qui exigerait plutôt une formule telle « analogie unique » ou « analogie particulière ». Mais en raison du caractère peu suggestif d'une telle formule, nous avons préféré nous servir de l'expression plus parlante d'« analogie simple ». L'analogie simple est également appelée parfois en doctrine « analogie de la loi » (*Gesetzesanalogie*) par opposition à l'« analogie du droit » (*Rechtsanalogie*) qui est une induction (en ce sens, v. déjà F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, tome 2, *op. cit.*, n° 107, p. 305, tome 1, n° 166, p. 122 ; K. LARENZ, Cl.-W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft, op. cit.*, p. 204 ; E. A. KRAMER, *Juristische Methodenlehre, op. cit.*, p. 149). Mais là encore les formules sont très peu évocatrices, ainsi que le reconnaissent les auteurs allemands eux-mêmes.

¹³⁷⁵ L'analyse psychologique de l'analogie prétend décrire comment effectivement les juristes font des analogies. Cette approche est latente dans beaucoup de définitions qu'en donnent les auteurs. C'est le cas, par exemple, de M. CORNU qui écrit ceci : « ayant à traiter un cas non réglé par le droit [...], elle se réfère à un autre cas régi par le droit [...] ; ayant discerné un rapport de similitude entre les deux cas [...], elle transporte la solution donnée pour le cas non prévu [...] » (« Le règne discret de l'analogie », *art. préc.*, p. 1068). C'est encore le cas de M. BERGEL écrivant que « le raisonnement par analogie, [...] consiste, à déduire d'une ressemblance entre deux choses, deux droits, deux situations, une similitude de régime juridique » (*Méthodologie juridique, op. cit.*, p. 244). A vrai dire, nous ne savons pas comment effectivement les analogies sont trouvées par les interprètes. Il en résulte que ces définitions sont fausses quand elles prétendent décrire la réalité. Cependant, elles sont tout à fait acceptables quand on les prend pour des définitions pédagogiques enseignant aux étudiants comment ils

celui de la justification des hypothèses juridiques, nous avons à définir l'analogie simple sous cet angle-là. Aussi dirons nous que l'analogie simple est *un argument qui consiste à justifier une hypothèse juridique en la présentant comme une extension à un cas de figure non réglé d'un effet juridique énoncé explicitement par la loi pour un autre cas de figure qui lui est semblable*.

758. À y regarder de près, l'analogie ainsi définie s'appuie sur un *rapport de ressemblance* entre deux situations dont l'une est réglée par une règle de droit tandis que l'autre ne l'est pas encore¹³⁷⁶. Ce rapport de ressemblance, constitutif de l'analogie, met en

devraient faire des analogies. Sur la fonction heuristique, justificative et pédagogique des arguments, v. *supra*, n° 530.

¹³⁷⁶ Cette *définition juridique* de l'analogie se distingue de sa *définition rhétorique*. D'après la définition rhétorique, l'argument d'analogie n'établit plus un rapport de ressemblance, mais une *ressemblance de rapports* (Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, *op. cit.*, § 82, p. 501). Expliquons-nous. L'analogie rhétorique ne compare plus, comme l'analogie juridique, deux cas de figure semblables pour conclure à leur traitement identique. Plus finement, elle s'appuie sur une ressemblance de rapports dont la structure générale est la suivante : A est à B ce que C est à D (*ibid.*, § 82, p. 500). En voici un exemple emprunté à ÉPICTÈTE (*ibid.*, § 84, p. 512) :

Qu'un enfant plonge le bras dans un vase d'une embouchure étroite, pour en tirer des figues et des noix, et qu'il remplisse sa main, que lui arrivera-t-il ? Il ne pourra la retirer et pleurera.
« Lâches-en quelques unes (lui dit-on), et tu retireras ta main. » Toi, fais de même pour tes désirs.
Ne souhaite qu'un petit nombre de choses, tu les obtiendras.

Suivant le schéma formel énoncé plus haut (A est à B ce que C est à D), on décomposera l'argument d'ÉPICTÈTE de la manière suivante : les figues et les noix dans un vase (A) sont à l'enfant (B), ce que les désirs en général (C) sont à l'adulte (D) : il faut les modérer pour les réaliser. La dynamique d'un tel argument est simple à saisir. L'analogie rhétorique met en présence deux rapports dont l'un est présumé faire l'objet d'un accord préalable de l'auditoire auquel l'orateur s'adresse (le rapport enfant-sucreries) alors qu'il tente à convaincre du second (le rapport adulte-désirs). Or, en vertu de la ressemblance supposée entre ces deux rapports (la nécessité de modérer ses désirs pour les atteindre), l'admission du premier est censée faire admettre le second. L'analogie rhétorique cherche donc à faire remonter l'accord préalable de l'auditoire sur un premier rapport à un second rapport non encore admis, mais dont on cherche à convaincre. Insistons encore sur le fait que l'analogie rhétorique est, en principe, à quatre termes (A, B, C, et D) puisqu'elle met en relation, en raison de leur ressemblance, deux rapports à deux termes chacun.

Cette définition rhétorique de l'analogie ne rend visiblement pas compte de l'analogie des juristes (O. REBOUL, *Introduction à la rhétorique*, *op. cit.*, p. 190). Et, même PERELMAN semble distinguer, sans le dire, l'analogie juridique de l'analogie rhétorique (*Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, *op. cit.*, n° 7, p. 7 et n° 33, p. 56). Sur ce point, il faut donc bien se garder d'imposer tels quels les enseignements des ouvrages de rhétorique aux conceptions juridiques (pour une dérive en ce sens, v. p. ex. M.-L. MATHIEU-IZORCHE, *Le raisonnement juridique*, *op. cit.*, pp. 411 et s.). Le grand intérêt de la définition rhétorique de l'analogie tient à ce qu'elle « permet d'expliquer la structure et la fonction argumentative de la métaphore » (O. REBOUL, *Introduction à la rhétorique*, *op. cit.*, p. 190). En effet, selon le *Traité de l'argumentation*, la métaphore n'est rien d'autre qu'une « analogie condensée » (Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, *op. cit.*, § 87, p. 535). Ainsi, la métaphore suivante : *la vieillesse est le soir de la vie*. Elle est le condensé du schéma suivant : la vieillesse (A) est à la vie (B), ce que le soir (C) est à la journée (D) : elle est une fin. On le voit, dans la métaphore, l'un des quatre termes de l'analogie est passé sous silence, ce qui fait naître la métaphore. Rien n'empêche, bien évidemment, les juristes, tels les avocats, voire même le législateur, à confectionner des métaphores dans leur discours. Tel est le cas de la métaphore logée à l'article 1134, alinéa 1, du Code civil déclarant que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Cette métaphore peut être formulée de la manière suivante : *la convention est la loi des parties*. Elle se

lumière que celle-ci se trouve à mi chemin entre l'identité et la différence¹³⁷⁷. Elle est, nous dit-on, « *discernement de l'identité dans la différence* »¹³⁷⁸. Entre deux situations qui se ressemblent, elle s'appuie sur « *le point commun décisif* »¹³⁷⁹.

759. Ce ou ces points communs décisifs ne s'imposent pas à l'esprit, cependant. Que l'on pense, un instant aux « hommes » et aux « femmes ». Ont-ils des points communs décisifs ? « Oui », peut-on dire, quand ils restent au foyer pour élever leurs enfants, « non » répondront d'autres, quand il s'agit d'astreindre les femmes, comme les hommes, au service militaire. Les points communs décisifs doivent ainsi être sélectionnés. Mais comme cette sélection ne saute généralement pas aux yeux, il devient nécessaire de la *justifier*.

760. À cet égard, les auteurs paraissent unanimes. Ils nous apprennent que « *l'analogie est téléologique* »¹³⁸⁰, qu'elle se justifie par « *la raison* » de la règle, par son « *principe* » ou son « *but* »¹³⁸¹. L'analogie se trouve donc motivée par la *ratio legis*¹³⁸². À identité de but, identité de solution juridique : *ubi eadem ratio, ibid idem ius*. Le *Livre préliminaire* du projet de Code civil disposait de même : « *On ne doit raisonner d'un cas à un autre, que lorsqu'il y a même motif de décider* »¹³⁸³.

761. C'est donc l'objectif initial qui justifiait l'adoption par le législateur de la règle explicite, qui autorisera à son tour l'interprète à faire l'analogie et à énoncer une règle

décompose en quatre termes : la convention (A) est aux parties (B) ce que la loi (C) est au citoyen (D) : elle est obligatoire.

¹³⁷⁷ J.-L. BERGEL, « Les fonctions de l'analogie en méthodologie juridique », *art. préc.*, 1080 : l'analogie « *se situe à mi chemin entre la différence et l'équivalence* ».

¹³⁷⁸ M.-A. FRISON-ROCHE, « Une typologie des analogies dans le système juridique (“bonnes” et “mauvaises” analogies en droit) », *R.R.J.* 1995.4.1045.

¹³⁷⁹ G. CORNU, « Le règne discret de l'analogie », *art. préc.*, p. 1076, (déjà en italique dans le texte).

¹³⁸⁰ P. FORIERS, « L'interprétation en droit belge », in *La pensée juridique de Paul Foriers*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, Travaux du centre national de recherche de logique, 1982, p. 816.

¹³⁸¹ Les trois dernières expressions sont de G. CORNU, « Le règne discret de l'analogie », *art. préc.*, p. 1073.

¹³⁸² Sur la complexité de cette notion, v. *supra*, n°. Pierre PESCATORE est plus nuancé quand il écrit, avec raison, que la *ratio legis* est « *l'une des bases* » de l'analogie (*Introduction à la science du droit, op. cit.*, n° 236, p. 345).

¹³⁸³ P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 2, Paris, Videcoq, 1836, titre V, art. 8, p. 7. Adde, H. SAINT-ALBIN, *Logique judiciaire ou traité des arguments légaux*, Paris, Jobert libraire-éditeur, 2^{ème} éd., revue, corrigée et augmentée, 1841, n° 107, p. 104.

nouvelle restée implicite. Plus exactement encore, c'est la finalité de la règle initiale et explicite qui justifie la sélection du critère de ressemblance entre les situations considérées. Ces critères de ressemblance ne sont donc décisifs qu'au regard du but poursuivi. Ainsi, dans notre cas standard, le critère décisif de comparaison entre hommes et femmes n'est pas, par exemple, le fait que les uns et les autres aient un certain nombre d'aptitudes physiques ou psychologiques comparables. Le point de ressemblance pris en considération, en l'espèce, est constitué par le fait qu'ils sont l'un et l'autre un parent restant au foyer pour élever un enfant. Encore une fois, la valeur promue indique le terme de la comparaison.

762. Cette analyse de l'analogie en *termes de finalités* l'inscrit déjà fortement dans le champ de la cohérence du droit. Mais l'analogie peut encore s'expliquer en *termes de principes* ce qui corrobore, nous semble-t-il, notre position sur l'équivalence entre finalités et principes¹³⁸⁴. Rappelons, que pour nous, les finalités peuvent être formulées sous forme d'une norme, ce qui en fait des principes. Très souvent d'ailleurs, les auteurs invoquent, aux côtés de la *ratio legis*, les principes comme justification de l'analogie.

763. L'analogie, nous dit-on, est une « *déduction après induction* »¹³⁸⁵. De la règle explicite, l'interprète induit le principe général qui la fonde, pour en déduire une règle moins générale applicable au cas d'espèce¹³⁸⁶. Il en ressort que le principe qui fonde la règle expresse est également de nature à fonder la règle nouvelle, moins générale, ayant précisément pour objet la situation non réglée. Ainsi, dans notre exemple relatif aux pensions compensatoires, l'interprète induit de la règle relative aux femmes le principe suivant lequel « *tous les parents restés au foyer pour élever leurs enfants ont droit à une pension compensatoire* ». Ensuite, il en déduit la règle nouvelle relative aux pères.

¹³⁸⁴ Sur ce point, v. *supra*, n° 697 et s.

¹³⁸⁵ G. CORNU, « Le règne discret de l'analogie », *art. préc.*, p. 1069 ; Adde, J.-L. BERGEL, « Les fonctions de l'analogie en méthodologie juridique », *art. préc.*, 1084 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Une typologie des analogies dans le système juridique ("bonnes" et "mauvaises" analogies en droit) », *op. cit.*, n° 12, p. 1047 ; E. A. KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, *op. cit.*, p. 150.

¹³⁸⁶ En ce sens, v. p. ex. P. FORIERS, « L'interprétation en droit belge », *art. préc.*, n° 9, p. 818 : l'analogie « *est une induction spécifique qui part du cas traité par la norme pour dégager le principe qui la soutient, la raison de cette norme conduisant de la sorte à formuler un principe plus général que le cas particulier* » ; N. MACCORMICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, *op. cit.*, p. 194 : « *La pertinence de l'analogie dépend donc de la façon dont on perçoit un principe rationnel susceptible d'appréhender les deux termes de la comparaison – et le cas échéant d'autres situations voisines* » ; F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, tome 2, *op. cit.*, n° 165, p. 121 ; G. CORNU, « Le règne discret de l'analogie », *art. préc.*, p. 1069.

764. Nous avons vu que les principes ou finalités représentent deux facteurs cruciaux dans l'analyse de la cohérence du droit¹³⁸⁷. Plus précisément, ce sont eux qui permettent de saisir l'idée de ce que nous avons appelé la « cohérence verticale » du droit¹³⁸⁸. L'analogie qui se justifie aussi bien par les notions de principe que de finalité est ainsi partie prenante dans cette forme de cohérence verticale. Cependant, et même plus encore, l'analogie œuvre à « la cohérence horizontale » du droit¹³⁸⁹.

765. De fait, telle finalité ou tel principe déterminés contribuent à motiver l'extension analogique d'une règle donnée. S'il en est ainsi, c'est que la finalité ou le principe permettent de repérer le critère de ressemblance entre situations. Or, ce constat nous mène vers le fondement premier de l'analogie. La ressemblance entre situations inférées à partir d'une finalité ou d'un principe motive l'extension analogique, *parce qu'il nous paraît juste et raisonnable de traiter de la même manière des cas d'espèce semblables*. Le fondement de l'analogie réside donc, ainsi que d'autres l'ont remarqué avant nous, dans le principe d'égalité¹³⁹⁰.

766. Ce fondement situe l'analogie au cœur de la cohérence horizontale du droit qui relie les normes d'un même degré de généralité (en l'espèce, la règle relative aux femmes au foyer et celle relative aux hommes du foyer). Or, il ne nous semble guère exister de forme plus caractérisée de l'incompatibilité que celle consistant à traiter différemment des cas de figure semblables. Nous avons vu que la source d'inspiration de l'incompatibilité se situe dans le principe de non-contradiction logique¹³⁹¹. Celui-ci interdit, dans un système formel, d'affirmer en même temps une chose et sa négation (A et non-A). Le non respect d'une analogie est très proche de la violation de ce principe logique : deux cas sont semblables, mais les règles leur imputent des effets différents. Les femmes au foyer auraient droit à une pension

¹³⁸⁷ Sur le rôle des « principes » et des « finalités » dans le concept de cohérence, v. *supra*, n° 689 et s.

¹³⁸⁸ Sur la « cohérence verticale », v. *supra*, n° 700 et s.

¹³⁸⁹ Sur la « cohérence horizontale », v. *supra*, n° 700 et s.

¹³⁹⁰ En ce sens, v. p. ex. F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, tome 2, *op. cit.*, n° 165, p. 122 : d'après cet auteur c'est « l'idée d'égalité juridique, qui seule justifie foncièrement l'analogie ». G. CORNU, « Le règne discret de l'analogie », *art. préc.*, p. 1073 : « le règne de l'analogie est le règne de l'équité. Qu'elle soit considérée, en chacun, comme un "instinct profond de notre nature" ou, plus objectivement, comme une exigence de l'égalité, l'équité commande de traiter semblablement des choses semblables ».

¹³⁹¹ Sur ce principe, v. *supra*, n° 671.

compensatoire mais non les hommes placés dans la même situation.

767. Nous terminerons cette présentation de l'analogie par un exemple tiré de l'« histoire du forçat »¹³⁹². En l'espèce, le Procureur général DUPIN réfutait l'existence d'une analogie entre, d'une part, *le divorce pour condamnation à une peine d'emprisonnement après le mariage* (prévu initialement par l'article 232 du Code civil) et, d'autre part, *la nullité du mariage pour le cas d'une condamnation à une peine d'emprisonnement avant le mariage*, mais inconnue au moment du mariage. Or c'est l'hypothèse d'admission d'une telle action en nullité du mariage que le Procureur général entendait exclure¹³⁹³ :

On a prétendu qu'il y avait une corrélation nécessaire entre cette faculté de divorce accordée pour une condamnation survenue pendant le mariage, avec le droit de demander la nullité fondée sur une condamnation avant le mariage, mais inconnue au moment où il a été contracté, **parce que le motif de répulsion est le même**. On ne saurait admettre une telle analogie. **Le divorce et la nullité reposent sur des principes d'un ordre différent**. La nullité suppose *ab initio* un vice radical qui empêche le mariage d'être ; par exemple, un de ces empêchements dirimants, qui, comme l'inceste, *facienda vetant conjugia, facta retractant*. Le divorce au contraire, suppose un mariage valablement contracté, et qui continuerait de subsister s'il n'était pas survenu une cause accidentelle qui autorise l'un des époux à en demander la résolution. [...] **Sous aucun rapport on ne peut tirer du divorce une induction pour l'action en nullité**. (nous soulignons)

768. Il très probable qu'un magistrat, placé aujourd'hui dans le contexte législatif de l'époque du Procureur DUPIN, aboutirait exactement à la conclusion opposée. De fait, ne pourrait-on pas voir dans le cas d'une condamnation avant le mariage, mais dissimulée à l'autre, et dans celui d'une condamnation après le mariage une entorse au principe qui ordonnerait de ne pas porter atteinte à l'honneur de l'autre par son propre comportement. Dans le premier cas, cette atteinte résulterait indirectement de la dissimulation avant le mariage d'une condamnation pour un comportement répréhensible, tandis que dans le deuxième cas elle serait la conséquence directe de la condamnation pour un tel comportement. Quoi qu'il en soit, il n'est pas sans intérêt de remarquer que l'admission de l'analogie ci-dessus ne s'imposait pas. Elle n'avait rien de contraignant.

¹³⁹² Ch. réunies, 24 avril 1862, *Berthon*, S. 1962.1.341, concl. DUPIN. Pour l'exposé du détail de « l'histoire », v. *supra*, n° 188.

¹³⁹³ DUPIN, *concl. préc.*, p. 351, col. gauche.

Passons à une autre version de l'analogie, à savoir à l'analogie d'ensemble qui est en fait une induction.

2. L'analogie d'ensemble : l'induction

769. Nous empruntons l'expression « analogie d'ensemble » à la doctrine allemande (*Gesamtanalogie*). L'analogie d'ensemble consiste à induire à partir de plusieurs règles explicites, imputant le même effet juridique à des cas de figure analogues, un principe général applicable à une situation similaire mais non encore réglée¹³⁹⁴. Elle n'est donc rien d'autre que ce que les auteurs français appellent, plus sobrement, une « induction ». L'induction, on le sait, est une généralisation. Elle va du particulier au général¹³⁹⁵. Elle se définit couramment comme la « *formulation d'un énoncé général à partir de la constatation d'un ensemble de faits particuliers* »¹³⁹⁶. Transposée à un raisonnement sur des règles, l'induction consiste à remonter d'un certain nombre de règles éparses au principe général qui les fonde¹³⁹⁷. Du point de vue de la justification des hypothèses, l'induction est alors *l'argument qui consiste à justifier l'hypothèse d'admission d'un principe général par le fait que celui-ci n'est rien d'autre qu'une généralisation à partir de règles explicites mais détaillées qui le concrétisent déjà*.

770. Nous pensons qu'il existe deux avantages non négligeables à considérer

¹³⁹⁴ En ce sens, K. LARENZ, Cl.-W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, op. cit., K. 5, 2, b), p. 204 ; E. A. KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, op. cit., 1998, III, ee), p. 150.

¹³⁹⁵ M. GEX, *Méthodologie, Cours de philosophie des Gymnases cantonaux de Lausanne*, Lausanne, Librairie de l'université F. Rouge & Cie S.A., 1947, n° 37, p. 120 ; M.-L. MATHIEU-IZORCHE (M.-L.), *Le raisonnement juridique*, op. cit., p. 319. Très parlante est aussi cette autre définition affirmant que « *le raisonnement inductif consiste [...] à généraliser, à l'ensemble des cas analogues, un fait observé ou expérimenté dans un certain nombre de cas* » (A. VIRIEUX-RAYMOND, *La logique formelle*, Paris, PUF, col. SUP, 3^{ème} éd., 1975, p. 18).

¹³⁹⁶ A. BIENVENU, « Induction », in *Grand dictionnaire de la philosophie*, Paris, Larousse, CNRS Éditions, 2003, v° « Induction », p. 551.

¹³⁹⁷ En ce sens, v. P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, op. cit., n° 236, p. 347 : « *Ce procédé [l'induction] consiste en deux étapes successives. [...] Tout d'abord, on cherche à découvrir, dans deux ou plusieurs dispositions particulières de la loi, un principe général qui forme l'inspiration commune. Ce principe, formulé comme une règle générale, sert alors de fondement pour la solution du cas en discussion* » ; J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, op. cit., p. 245 : « *Le procédé de l'induction consiste d'abord à rapprocher plusieurs règles différentes pour en dégager un principe général dont elles ne seraient que des applications particulières, puis à appliquer ce principe général non écrit à d'autres situations* ».

l'induction comme une forme d'analogie. Ce rapprochement éclaire d'abord la notion d'analogie simple. De fait, nous avons vu que l'induction est à l'œuvre dans l'analogie simple puisque celle-ci se justifie également par un raisonnement en termes de principes induits. Mais l'analogie simple, à l'inverse de l'analogie d'ensemble, ne pose pas explicitement un principe qui se veut applicable, d'une manière générale, à une multiplicité de cas. Plus prudemment, l'analogie simple se borne à affirmer une règle nouvelle au champ d'application limité à la situation jugée semblable¹³⁹⁸. Ainsi, dans notre exemple-type, l'analogie simple conclut des femmes restées au foyer, aux hommes restés au foyer, sans poser explicitement en règle générale que « *tous les parents* restés au foyer pour élever leurs enfants ont droit à une prestation compensatoire ». La portée d'un tel principe général, expressément affirmé, pourrait dépasser celui de l'extension analogique. Et l'on pense, par exemple, à son application aux grands-parents élevant dans leur foyer leurs petits-enfants.

771. Le rapprochement de l'analogie et de l'induction clarifie, en second lieu, le fonctionnement de l'analogie d'ensemble. D'une part, l'analogie d'ensemble se présente comme une analogie simple arrêtée en mi-chemin. Mais contrairement à l'analogie simple qui induit un principe général qui reste implicite pour revenir vers une règle moins générale applicable au cas d'espèce, l'analogie d'ensemble proclame explicitement le principe général. D'autre part, l'analogie d'ensemble, comme l'analogie simple, nous paraît également téléologique. Nous voulons dire par là, que l'induction du principe général à partir de dispositions éparses se justifie parce que la *ratio legis* motivant les dispositions isolées se retrouve également devant le principe général¹³⁹⁹. En bref, les raisons qui justifiaient déjà les règles éparses du droit positif sont les mêmes que celles qui justifient le principe général.

772. Un bel exemple d'argument d'induction nous est fourni par un arrêt célèbre rendu en 1932 par la House of Lords¹⁴⁰⁰. Il s'agit de l'arrêt *Donoghue v. Stevenson* que nous désignons par l'appellation « histoire de l'escargot ». En l'espèce, la demanderesse, Miss Donoghue, avait bu, dans un verre, une limonade au gingembre (*ginger-beer*) provenant d'une bouteille qu'un ami lui avait achetée dans un café, à Paisley, en Écosse. Après avoir bu

¹³⁹⁸ En ce sens, v. K. LARENZ, Cl.-W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft, op. cit.*, K. 5, 2, b), p. 205.

¹³⁹⁹ En ce sens, v. *ibid.*

¹⁴⁰⁰ House of Lords, *Donoghue (or McAlister) v Stevenson*, 26 mai 1932, *The All England Law Reports*, 1932.562.

ce premier verre, un deuxième verre lui fut servi provenant de la même bouteille. Hélas, il en sortit alors un escargot en état de décomposition. Miss Donoghue choquée et souffrant d'une gastro-entérite consécutive à cet incident, assigna en réparation le fabricant de la boisson. Ajoutons que la bouteille litigieuse était scellée par un bouchon métallique et faite en verre opaque et foncé en sorte qu'il n'avait pas été possible d'en inspecter le contenu¹⁴⁰¹. Il est également important de souligner qu'il n'existait pas de contrat entre le consommateur et le détaillant, ni entre le consommateur et le fabricant. L'action en responsabilité exercée par Miss Donoghue contre le fabricant ne pouvait donc avoir de fondement contractuel.

773. Le problème soulevé par l'espèce était de savoir si le défendeur (le fabricant) était tenu à l'égard de Miss Donoghue d'une obligation de prudence (*duty of care*) dont la méconnaissance serait sanctionnée par une responsabilité délictuelle. En effet, à l'époque de l'arrêt – nous sommes en 1932 -, il n'existait ni en droit anglais, ni en droit écossais un principe général de responsabilité pour faute de négligence, mais une jurisprudence impressionniste édictant des obligations particulières de prudence au gré des cas d'espèce se présentant devant le juge¹⁴⁰². Dans ce contexte, la problématique générale énoncée ci-dessus, faisait naître deux hypothèses juridiques :

- *il existe en droit anglais et écossais une obligation générale de prudence.*
- *il n'existe pas en droit anglais et écossais une obligation générale de prudence.*

774. Lord ATKIN, défendant l'hypothèse de l'existence d'une obligation générale, fonde celle-ci sur une induction effectuée à partir d'un certain nombre de cas particuliers¹⁴⁰³ :

À présent je me contente de souligner qu'en droit anglais il doit exister, et il existe, une certaine **conception générale** des relations faisant naître une obligation de prudence **dont**

¹⁴⁰¹ Sur ce point, v. Lord THANKERTON, *arrêt préc.*, p. 601.

¹⁴⁰² Lord ATKIN : « *Il est remarquable combien il est difficile de trouver dans les autorités anglaises des propositions d'application générale définissant les relations entre parties donnant naissance à l'obligation. Les cours sont concernées avec des relations particulières qui se présentent devant elles dans des litiges concrets, et il est suffisant de dire si l'obligation existe dans ces circonstances. Le résultat en est que les cours se sont lancées dans une classification élaborée d'obligations telles qu'elles existent à l'égard de la propriété, fût-elle réelle ou personnelle, avec des divisions supplémentaires quant à la possession (ownership), l'occupation ou le contrôle, et des distinctions basées sur les relations particulières d'un côté ou de l'autre, que l'on y trouve un fabricant, commerçant ou propriétaire, client, locataire, étranger, et ainsi de suite* » (*arrêt préc.*, p. 579).

¹⁴⁰³ *arrêt préc.*, p. 580.

les cas particuliers à trouver dans les ouvrages ne sont que des exemples (nous soulignons).

Cette conception générale, Lord ATKIN l'exprime, quelques lignes plus loin, dans son célèbre *neighbour principle* censé englober la jurisprudence des cas particuliers :

La règle selon laquelle tu dois aimer ton voisin, devient en droit, tu ne dois pas blesser ton voisin ; et la question de l'avocat, Qui est mon voisin ? reçoit une réponse restreinte. **Vous devez prendre raisonnablement soin d'éviter des actes ou des omissions dont vous pouvez raisonnablement prévoir qu'elles seraient susceptibles de blesser votre voisin** (nous soulignons). Qui donc est alors mon voisin ? La réponse semble être – des personnes qui sont si proches et directement affectés par mon acte que je devrais raisonnablement les prendre en considération d'être ainsi affectées quand je dirige mon esprit envers les actes ou omissions qui sont en question¹⁴⁰⁴.

775. Il est remarquable que tous les collègues de Lord ATKIN n'approuvaient pas cette induction. Il en va ainsi de Lord TOMLIN affirmant ceci¹⁴⁰⁵ :

Selon mon regard que je jette sur la matière, **les cas rapportés** – certains directement, d'autres implicitement – **nient l'existence**, comme faisant partie de la common law d'Angleterre, **de tout principe** offrant un fondement à la prétention de l'appelante, et c'est la raison pour laquelle il n'y a pas, à mon sens, d'élément duquel il est légitime pour vos Lords (your Lordships House) de déduire un tel principe (nous soulignons).

776. Les deux passages cités nous paraissent significatifs parce qu'ils attirent l'attention sur l'incertitude inhérente à l'induction – Lord TOMLIN parle à tort de « déduction ». La remontée aux principes qu'opère l'induction non seulement amplifie ou étend à de nouveaux cas l'effet juridique édicté par des règles isolées et explicites¹⁴⁰⁶. Mais

¹⁴⁰⁴ « *The rule that you are to love your neighbour becomes in law, you must not injure your neighbour; and the lawyer's question, Who is my neighbour? receives a restricted reply. You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour. Who, then, in law is my neighbour? The answer seems to be - persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question* ».

¹⁴⁰⁵ *Ibid.*, pp. 600-601.

¹⁴⁰⁶ Les logiciens distinguent entre deux formes d'induction, l'*induction complète*, qui est rigoureuse, et l'*induction amplifiante*, qui ne l'est pas. Plus exactement, l'induction complète « consiste à attribuer à l'ensemble des éléments d'une classe une propriété qui a été observée pour chacun de ces éléments. Cette

encore elle exige, à notre sens, de l'inventivité, de l'intuition, ainsi que l'exemple du *neighbour principle* l'illustre de façon éclatante.

777. L'« histoire du marchand d'engrais » constitue sans doute l'exemple le plus célèbre d'une induction en droit français¹⁴⁰⁷. En l'espèce, l'on s'en souvient, un marchand d'engrais s'était appauvri en vendant de l'engrais à un fermier qui ne l'avait jamais payé. En revanche, le propriétaire des champsensemencés s'était enrichi en en récupérant, après la résiliation du bail à ferme, les champs avec la récolte sur pied qui avait profité de ces engrais. La difficulté pour le marchand d'engrais venait du fait qu'il n'avait aucune action à l'encontre du propriétaire des terres avec lequel il n'avait pas contracté, tandis que l'ancien fermier – le cocontractant – était insolvable. L'appauvri n'avait-il aucune action juridique à l'encontre de l'enrichi ?

778. En dépit de l'absence d'une règle positive fondant une telle action, la Cour de cassation reconnut au marchand d'engrais (l'appauvri) l'action *de in rem verso* qu'elle rattachait au « *principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui* »¹⁴⁰⁸. Ce principe qu'elle fonde ainsi sur l'équité, est encore justifié par une induction ou analogie d'ensemble¹⁴⁰⁹ :

Attendu, en effet, que le jugement attaqué déclare formellement que le droit des défendeurs éventuels [le marchand d'engrais] n'est pas fondé sur **cet article** [l'article 548 du Code civil], lequel **n'est mentionné qu'à titre d'exemple et comme constituant une**

procédure est logiquement valide pour autant que tous les éléments ont été inspectés, et que la classe n'en contient aucun autre » (A. BIENVENU, « Induction », in *Grand dictionnaire de la philosophie, op. cit.*, p. 551). L'induction amplifiante est « *le type commun d'induction, qui "amplifie" (ou "généralise") les cas particuliers* » (*ibid.*, p. 552). Par conséquent, elle consiste à attribuer à l'ensemble des éléments d'une classe une propriété qui a été observée pour quelques-uns d'entre eux. De l'observation d'un certain nombre de cygnes blancs, on conclut, par exemple, qu'ils sont tous blancs. Cette amplification « *comporte un risque* » (R. BLANCHÉ, « Raisonnement », in *Encyclopaedia Universalis, op. cit.*), parce qu'elle va au-delà de ce qui est observé. Et de fait, l'on découvrit un jour des cygnes noirs en Australie (A. VIRIEUX-RAYMOND, *La logique formelle, op. cit.*, p. 18). L'induction à partir de règles éparses dont nous traitons ci-dessus est une forme d'induction amplifiante. Il reste que cette induction juridique est affectée de plus d'incertitudes encore que celle portant sur des faits. En effet, l'induction à partir de faits postule une « *une hypothèse métaphysique, généralement vérifiée, sur l'uniformité des lois de la nature* » (*ibid.*) (par exemple, A est mortel, B est mortel, C..., donc tous les hommes sont mortels). Or, les lois juridiques, contrairement aux « lois » de la nature, sont des volontés qui ne sont absolument pas soumises à de tels déterminismes. L'exception législative, l'incompatibilité ou l'évolution sont toujours possibles.

¹⁴⁰⁷ Req. 15 juin 1892, *GACIV*, N° 227. Pour l'exposé du détail de cette « histoire », v. *supra*, n° 125.

¹⁴⁰⁸ *Arrêt préc.*

¹⁴⁰⁹ *Ibid.*

des applications du principe consacré virtuellement par le code que nul ne peut s'enrichir au détriment d'autrui (nous soulignons).

779. Ce passage présente le principe d'enrichissement sans cause comme induit notamment à partir de l'article 548 du Code civil. Même si la Cour de cassation n'est pas explicite sur ce point, il existe bien d'autres dispositions dans le Code concrétisant cette idée suivant laquelle « *l'appauvri a droit à une indemnité de la part de l'enrichi* » (ex. art. 554, 555, 570, 571 relatif à l'accession, art. 1376 pour la répétition de l'indu)¹⁴¹⁰. Cela dit, certaines dispositions du même Code excluent expressément une telle indemnité (art. 585, 599, dans les rapports entre l'usufruitier et le nu-propiétaire). Encore une fois, l'analogie d'ensemble ou l'induction sont loin d'être des raisonnements certains, aboutissant à des résultats incontestables.

Passons à un autre argument, très proche de l'analogie simple.

b) L'argument *a fortiori*

780. L'argument *a fortiori* est une « *forme renforcée* » de l'analogie simple¹⁴¹¹. De fait, nous avons vu que l'argument d'analogie consiste à justifier, par identité de motifs, l'extension de l'effet juridique ordonné explicitement par une règle pour une situation déterminée à une situation non encore réglée. L'argument *a fortiori* consiste lui aussi à justifier, par identité de motifs, une telle extension. Mais cette fois-ci, le motif qui a justifié la première règle justifie « *avec plus de force encore* » la règle nouvelle¹⁴¹². Autrement dit, le même motif qui justifiait la règle première, justifie encore *mieux* la règle nouvelle. S'il est interdit de rouler à deux sur une bicyclette, *a fortiori* est-il interdit de s'y tenir à trois¹⁴¹³. L'objectif de sécurité des personnes qui motivait déjà la règle faisant référence à deux personnes, justifie encore mieux celle relative à trois individus.

¹⁴¹⁰ H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, note sous, *arrêt préc.*, n° 2.

¹⁴¹¹ P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit, op. cit.*, n° 236, p. 345.

¹⁴¹² J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, op. cit.*, n° 156, p. 300.

¹⁴¹³ L'exemple est emprunté à F. OST, « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », *art. préc.*, p. 125.

781. Il existe deux formes de l'argument *a fortiori*. On les appelle, d'une façon un peu pédantesque, l'argument *a maiori ad minus* et l'argument *a minori ad maius*¹⁴¹⁴. L'argument *a maiori ad minus* s'applique aux prescriptions positives¹⁴¹⁵, c'est-à-dire aux permissions et aux obligations. Il s'exprime, pour les permissions, dans le brocard classique « qui peut le plus peut le moins » auquel il faudrait ajouter, pour les obligations, un adage nouveau du style « qui doit le plus, doit le moins ». Ainsi, quand une règle prévoirait qu'il est permis de transporter quatre personnes par véhicule, *a fortiori* pourrait-on le conduire seul. De même, si une règle obligeait à porter assistance aux animaux en péril, *a fortiori* serait-on obligé à porter assistance aux personnes en péril. L'argument *a minori ad maius* peut se traduire par un brocard du genre « qui ne peut le moins, ne peut le plus »¹⁴¹⁶. Aussi, lorsqu'une règle interdirait de donner des coups, on pourrait en inférer *a fortiori* qu'il est interdit de tuer. Ou bien, si une règle interdisait de marcher sur les pelouses d'un parc, *a fortiori* serait-il interdit d'y rouler avec un camion.

782. L'argument *a fortiori* est, comme l'argument d'analogie, affecté d'incertitudes. Il n'est donc pas contraignant. À titre d'exemple, imaginons une règle constitutionnelle disposant que « la Cour constitutionnelle est compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois ». Une telle règle supporte-t-elle un raisonnement *a fortiori* autorisant la Cour à contrôler les actes réglementaires (qui peut le plus peut le moins, or la loi a une autorité supérieure à celle des règlements) ? La réponse à cette question dépend en vérité d'éléments contextuels ayant trait notamment aux compétences attribuées aux autres juridictions. Il ne servirait, par exemple, à rien de permettre à une Cour constitutionnelle de contrôler la constitutionnalité d'un règlement si d'autres juridictions avaient déjà ce pouvoir. En bref, l'argument *a fortiori* est également un argument qui s'argumente, par le recours notamment à la *ratio legis*.

En raison de sa similitude avec l'argument d'analogie, que nous avons déjà amplement développé, nous n'en dirons pas plus de l'argument *a fortiori*. Passons à un autre argument classique de la rhétorique juridique, à savoir l'argument *a contrario*.

¹⁴¹⁴ En ce sens, v. *ibid.* ; Ch. PERELMAN, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, n° 33, p. 56

¹⁴¹⁵ *Ibid.*

¹⁴¹⁶ Ce brocard est dû à François OST (« L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », *art. préc.*, p. 124).

c) L'argument *a contrario*

783. L'argument *a contrario* est « *la contrepartie négative* » de l'argument d'analogie¹⁴¹⁷. À l'opposé de celui-ci, l'argument *a contrario* est donc fondé sur l'idée qu'il faut traiter de manière différente des situations différentes. Plus précisément, *il consiste à nier l'effet juridique d'une règle explicite en niant ses conditions d'application*. Une règle de droit impute tel effet juridique à telles conditions d'application ; *implicitement et a contrario* la règle affirme donc que lorsque ces conditions ne se rencontrent pas, l'effet juridique ne se produit pas. En bref, quand le texte dit quelque chose, il est censé nier le contraire : *qui dicit de uno, negat de altero*¹⁴¹⁸. Par exemple, l'article 6 du Code civil dispose, sous une forme un peu remaniée, que « lorsqu'une loi est relative à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, alors il est interdit d'y déroger par une convention ». *A contrario*, l'interprète conclut que « lorsqu'une loi n'est pas relative à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, alors il n'est pas interdit, c'est-à-dire qu'il est permis, d'y déroger par une convention »¹⁴¹⁹.

784. À y regarder de près l'argument *a contrario* revient à refuser une analogie. Il nous semble même que l'argument *a contrario* n'est pensable qu'en pensant à une analogie. Prenons cet exemple, emprunté à IEHRING, de la règle « défense d'introduire des chiens »¹⁴²⁰. *A contrario*, cette règle ne s'applique pas à des ours. Les ours n'étant pas des chiens, il convient de les traiter différemment. Mais qui ne voit que c'est bien parce que l'on est tenté de faire une analogie, voire de raisonner *a fortiori*, entre les ours et les chiens, qu'il devient vraiment utile de raisonner *a contrario*. Encore une fois, face à un cas de figure déterminé, l'interprétation *a contrario* ne se conçoit pas sans son opposé, l'interprétation par analogie.

¹⁴¹⁷ P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit, op. cit.*, n° 237, p. 348.

¹⁴¹⁸ Un autre adage latin exprime la même idée : *inclusione unius fit exclusio alterius*, quand un objet est inclus dans une disposition de la loi, son contraire en est exclu. La traduction des formules latines est empruntée à CARBONNIER (*Droit civil, Introduction, op. cit.*, n° 156, p. 300).

¹⁴¹⁹ Il est tout à fait pertinent de remarquer qu'une telle interprétation *a contrario* de l'article 6 du Code civil est inexacte. En effet, d'après la doctrine, il existe des règles impératives auxquelles l'on ne peut déroger, bien qu'elles ne soient pas d'ordre public (en ce sens, v. p. ex. F. TERRÉ, *Introduction générale au droit, op. cit.*, n° 493, p. 401). D'emblée, cette remarque met en lumière que l'argument *a contrario* est hasardeux au regard du résultat qu'il permet d'atteindre.

¹⁴²⁰ L'exemple est cité par Pierre PESCATORE (*Introduction à la science du droit, op. cit.*, n° 237, p. 349).

785. Le droit positif nous fournit un autre exemple célèbre pour illustrer notre propos. Il s'agit de l'interprétation de l'article 334-9 du Code civil qui ne vient d'être abrogé que très récemment¹⁴²¹. Cet article disposait que « *toute reconnaissance est nulle, toute demande en recherche est irrecevable quand l'enfant a une filiation légitime déjà établie par la possession d'état* ». Par conséquent, lorsqu'un enfant avait une filiation légitime déjà établie par la possession d'état, alors sa reconnaissance par son prétendu père biologique ou la recherche judiciaire de ce père étaient interdites. Que fallait-il conclure de cette disposition quand l'enfant possédait une filiation légitime qui n'était pas établie par la possession d'état, mais seulement par son titre, c'est-à-dire par son acte de naissance ? Est-ce que l'enfant qui avait une *filiation légitime établie seulement par un titre* se trouvait dans une situation analogue à celle de l'enfant dont la *filiation légitime était uniquement établie par la possession d'état* ? Ou bien, est-ce que leur situation était différente ce qui aurait empêché toute extension de la règle initiale et explicite ?

786. On le voit, l'argument *a contrario* est un refus d'analogie. Comme notre point de vue est celui de la justification, nous définirons l'argument *a contrario* de la manière suivante. Il s'agit de *l'argument qui consiste à réfuter une hypothèse d'admission d'une analogie au motif que le cas de figure non réglé par la loi diffère du cas de figure explicitement prévu*. Les ours n'étant pas analogues aux chiens, il ne sont pas concernés par la règle d'interdiction. La situation des enfants dont la filiation légitime est seulement établie par un titre n'étant pas analogue à celle des enfants dont la filiation est seulement établie par la possession d'état, l'interdiction de la reconnaissance par le père naturel ou de la recherche judiciaire du père naturel n'a pas à jouer. Rappelons que c'est finalement cette interprétation *a contrario* de l'article 334-9 du Code civil qui fut retenue par la Cour de cassation¹⁴²².

787. La présentation ci-dessus attire notre attention sur un point particulièrement important concernant les arguments d'analogie (simple) et *a contrario*. De fait, théoriquement, ces arguments sont fondamentalement réversibles¹⁴²³. Là où l'analogie est possible, l'*a*

¹⁴²¹ L'article 334-9 vient d'être abrogé par l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005. Cette abrogation est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2006.

¹⁴²² Civ. 1^{ère}, 9 juin 1976, *GACIV*, N° 42.

¹⁴²³ L'expression de « *réversibilité* » est empruntée à M. OST (« L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », *art. préc.*, p. 124).

contrario l'est aussi, et vice-versa¹⁴²⁴. Cette réversibilité ou interchangeabilité théorique de ces arguments, ne se trouve limitée, en pratique, que par d'autres considérations tenant par, exemple, aux conséquences de l'hypothèse ou à son insertion cohérente dans le système juridique. Ainsi, pour revenir à notre exemple des ours et des chiens, l'argument *a contrario* appliqué à l'interdiction d'introduire des chiens dans un lieu public, aboutirait à permettre l'accès aux ours. Or une telle hypothèse serait, sans doute, incompatible avec les finalités poursuivies par la règle (p. ex. la sécurité et l'hygiène publiques)¹⁴²⁵. En bref, l'argument *a contrario*, comme l'analogie, est un argument dont le choix doit être argumenté.

788. Une considération particulièrement importante contribue à déterminer le choix en faveur de l'argument *a contrario*. Les auteurs reconnaissent qu'« *il est couramment admis que le recours à ce mode d'interprétation n'est concluant que s'il s'applique à une disposition exceptionnelle* »¹⁴²⁶. Il faut donc, du moins en principe¹⁴²⁷, opter pour l'argument *a contrario* au détriment de l'analogie, quand la disposition à interpréter constitue l'exception d'un principe. Une telle interprétation *a contrario* de la règle d'exception permet, en effet, de faire revenir le cas litigieux dans le giron de la disposition de principe. L'argument *a contrario* permet ainsi à l'interprète d'éviter « *de gonfler les dérogations* » aux principes¹⁴²⁸. On retrouve ici l'idée suivant laquelle les exceptions sont d'interprétation stricte : *exceptio est strictissimae interpretationis*.

789. L'exemple de l'article 6 du Code civil nous permet d'illustrer ce qui vient d'être dit. A contrario, nous venons de le voir, cet article dispose que « lorsqu'une loi n'intéresse ni l'ordre public ni les bonnes mœurs, il est permis d'y déroger par des conventions ». Autrement dit, cette interprétation *a contrario* de l'exception d'ordre public,

¹⁴²⁴ Ainsi, en ce qui concerne l'article 334-9 du code civil, il est remarquable qu'aussi bien l'interprétation *a contrario* que l'interprétation par analogie avaient ces partisans (en ce sens, v. P. RAYNAUD, « L'interprétation de l'article 334-9 du code civil », *D. chr.* 1975.257, n° 1 et 2).

¹⁴²⁵ Nous ne souhaitons pas entrer dans les dédales du droit de la filiation. Mais, d'après Pierre RAYNAUD, ce sont des arguments de type conséquentialiste qui doivent permettre de choisir entre l'hypothèse d'interprétation par analogie et l'hypothèse d'interprétation *a contrario*. Il écrit que « *c'est en considérant surtout les conséquences auxquelles aboutissent [...] l'une et l'autre des deux interprétations possibles que nous nous proposons de rechercher les éléments d'un choix* » (*art. préc.*, n° 8, p. 258).

¹⁴²⁶ E. AGOSTINI, « L'argument a contrario », *D. chr.* 1978.150, n° 5.

¹⁴²⁷ En la matière, toute prise de position absolutiste nous semble devoir être évitée. En effet, une exception à un principe, peut elle-même être la concrétisation d'un principe opposé. Dans ce cas, l'interprétation extensive de l'exception devient possible puisqu'elle permet en même temps de développer un principe.

¹⁴²⁸ *Ibid.*

vaut retour au principe de la liberté contractuelle.

790. L'argument *a contrario* autorise des inférences particulièrement convaincantes lorsque la règle qui lui sert de base indique elle-même son statut exceptionnel dans des formules explicites du type « seulement si », « exclusivement si » ou « uniquement si »¹⁴²⁹. Mais dans ces cas, il faut bien l'avouer, comme le texte indique déjà lui-même sa condition d'exception, l'argument *a contrario* n'a plus besoin d'être expressément formulé. La formule du texte le rend surabondant. Ce n'est donc que dans le silence du texte sur son caractère exceptionnel que commence véritablement le travail de l'interprète consistant à en « aménager » l'expression¹⁴³⁰. Aussi conviendrait-il de réécrire l'article 6 du Code civil, par exemple, de la manière suivante : « *seulement si* une loi intéresse l'ordre public et les bonnes mœurs, alors il est interdit d'y déroger par des conventions particulières. Donc, *a contrario*, si une loi n'intéresse pas l'ordre public... »¹⁴³¹.

791. Cet aménagement de la prémisse de l'argument *a contrario* en laisse déjà entrevoir l'incertitude. Tous les auteurs reconnaissent que le raisonnement *a contrario* est « tenu en suspicion »¹⁴³², qu'il n'est pas toujours « convaincant »¹⁴³³, qu'il est « souvent fallacieux »¹⁴³⁴, voire « dangereux »¹⁴³⁵. La raison spécifique de cette incertitude ne nous semble pas tenir au fait que l'argument *a contrario* spéculer sur le silence du législateur. De fait, la même remarque peut se faire pour les arguments d'analogie et *a fortiori*¹⁴³⁶. L'incertitude particulière affectant l'argument *a contrario* nous paraît s'expliquer d'abord par la difficulté de déterminer le statut exceptionnel d'un texte. Et même, le fût-il, « les dispositions prétendues exceptionnelles peuvent parfois être comprises comme des

¹⁴²⁹ En ce sens, F. OST, « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », *art. préc.*, p. 123.

¹⁴³⁰ *Ibid.*, p. 124.

¹⁴³¹ Rappelons que cette conclusion tirée à l'aide d'un argument *a contrario* est inexacte (en ce sens, v. *supra*, n°), ce qui laisse préfigurer l'incertitude entourant l'emploi de ce type d'argument.

¹⁴³² *Ibid.*

¹⁴³³ G. CORNU, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens, op. cit.*, n° 414, p. 167.

¹⁴³⁴ P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit, op. cit.*, n° 237, p. 348.

¹⁴³⁵ J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, op. cit.*, 156, p. 262.

¹⁴³⁶ Sur ce point, v. *supra*, n° 755.

applications fragmentaires d'un principe contraire sous-entendu »¹⁴³⁷. De plus, il sera sans doute souvent difficile à déterminer en quoi consiste la négation des conditions d'application d'une disposition ou le refus d'une analogie

792. Ensuite, et plus profondément, la tendance générale de l'interprétation juridique des textes semble aller vers l'interprétation extensive au détriment des interprétations restrictives¹⁴³⁸. Nous voyons au moins deux raisons à une telle tendance. D'une part, en effet, l'argument *a contrario* réserve un traitement spécifique à un certain type de cas d'espèce par rapport aux autres espèces du même genre régies par le principe. En ce sens, il s'oppose donc à « *la présomption selon laquelle ce qui est vrai du genre est vrai aussi des espèces* »¹⁴³⁹. D'autre part, l'argument d'analogie « *relève de cet optimisme juridique qui caractérise le culture occidentale et selon laquelle la loi est bonne* »¹⁴⁴⁰. L'utilisation systématique de l'argument *a contrario* supposerait une position fondamentale inverse suivant laquelle toute règle de droit serait une restriction gênante à la liberté d'agir¹⁴⁴¹.

En voilà assez des arguments fondés sur le principe d'égalité. Passons à un autre aspect du test de compatibilité, à savoir la compatibilité des hypothèses juridiques avec le réel.

¹⁴³⁷ *Ibid.*, n° 157, p. 263.

¹⁴³⁸ P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, *op. cit.*, n° 237, p. 348 : « *il est souvent indiqué de donner une portée plus large aux dispositions positives de la loi* ».

¹⁴³⁹ F. OST, « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », *art. préc.*, p. 124.

¹⁴⁴⁰ M.-A. FRISON-ROCHE, « Une typologie des analogies dans le système juridique (“bonnes” et “mauvaises” analogies en droit) », *op. cit.*, n° 2, p. 1044.

¹⁴⁴¹ Dans une telle conception, les règles de droit sont avant tout des règles d'interdiction. Or, interpréter systématiquement *a contrario* les règles d'interdiction explicites, revient à poser implicitement un principe général de liberté suivant lequel *tout ce qui n'est pas interdit est permis* (sur ce principe, v. P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, *op. cit.*, n° 238, p. 349 ; J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, *op. cit.*, p. 247). Autrement dit, l'admission systématique de l'argument *a contrario* revient à présumer que les règles de droit doivent être l'exception, la liberté d'agir le principe. Cette conception générale était consignée dans le projet de Livre préliminaire du Code civil : « *La loi règle les actions ; elle ne scrute pas les pensées ; elle réputé licite tout ce qu'elle ne défend pas. Néanmoins ce qui n'est pas contraire à la loi, n'est pas toujours honnête* » (nous soulignons) (P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 2, *op. cit.*, titre IV, art. 8, p. 6).

SECTION III

LE TEST D'ADÉQUATION : LA COMPATIBILITÉ DE L'HYPOTHÈSE AVEC LE RÉEL

793. L'exigence de compatibilité dépasse l'idéal de la cohérence du droit. Pour être acceptable, il faut que, de surcroît, l'hypothèse soit adaptée à la réalité du monde qu'elle se propose de réguler. Il ne suffit donc pas d'élaborer des solutions s'insérant d'une manière satisfaisante pour l'esprit dans le système juridique. Nos constructions mentales se doivent encore d'être réalistes : « *au lieu de découper la réalité selon les désirs de notre intellect, il vaut mieux de suivre les arêtes naturelles de l'objet à analyser, comme devrait le faire un cuisinier avisé lorsqu'il découpe une pièce de viande* »¹⁴⁴². En somme, le test d'adéquation de l'hypothèse au réel permet de parer au reproche de l'« *abus des abstractions logiques* »¹⁴⁴³.

794. Nous avons mis en lumière deux types d'arguments qui mettent en œuvre le test d'adéquation. Il s'agit, d'une part, de l'argument d'adaptation ou d'inadaptation de l'hypothèse au réel (§ I) et, d'autre part, de l'argument de la nécessité d'adapter le droit au changement (§ II).

§ I – L'ARGUMENT DE L'(IN-)ADAPTATION D'UNE HYPOTHÈSE À LA RÉALITÉ

795. L'argument de l'(in-)adaptation de l'hypothèse à la réalité est un *argument qui consiste à justifier une hypothèse juridique au motif qu'elle est compatible ou non avec la réalité qu'elle prétend réguler*. Nous avons déjà rencontré un exemple de ce type d'incompatibilité dans l'arrêt *Bellinger v Bellinger* relatif à nos « affaires sur le

¹⁴⁴² P. PESCATORE, *Initiation à la méthode scientifique à l'intention des étudiants en sciences humaines*, Luxembourg, Université du Luxembourg, 2006, p. 14. L'auteur emprunte ce conseil sur « la structure des systèmes » à PLATON (v. égal. *ibid.*, p. 41).

¹⁴⁴³ F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, tome 1, *op. cit.*, n° 60, p. 124.

transsexualisme »¹⁴⁴⁴.

796. En voici un autre exemple emprunté à « l'histoire de la fille accidentée »¹⁴⁴⁵. L'un des problèmes par cette « histoire » concernait l'interprétation de la locution « *fait des choses* » que l'on a sous sa garde¹⁴⁴⁶. Cette expression « fait des choses » limite-t-elle la responsabilité du gardien aux dommages causés par la chose elle-même, par son dynamisme propre (p. ex. une explosion) ou bien cette expression englobe-t-elle le fait de toutes les choses, même de celles actionnées par la main de l'homme (p. ex. une automobile conduite par un automobiliste) ? De cette interrogation jaillissent deux hypothèses :

- *l'expression « fait des choses » limite la responsabilité du gardien aux seuls dommages causés par le dynamisme propre de la chose (l'hypothèse d'interprétation restrictive) ;*
- *l'expression « fait des choses » ne limite pas la responsabilité du gardien aux seuls dommages causés par le dynamisme propre de la chose, mais l'étend même aux choses actionnées par la main de l'homme (l'hypothèse d'interprétation extensive).*

797. En l'espèce, le Procureur général MATTER avait donc à choisir entre deux hypothèses d'interprétation, l'une large, l'autre restrictive. Il récusait l'hypothèse d'interprétation restrictive notamment pour cette « *raison, [...], de raison* »¹⁴⁴⁷ :

Toute chose confiée à une garde est soumise à la force de l'homme, au fait de l'homme.
« La chose, disait Ripert, est l'instrument du dommage, elle n'en peut être la cause ».

De telle sorte que, parler du fait de la chose, c'est, en réalité, parler du fait de l'homme qui en a la garde et, partant, la responsabilité.

798. En l'occurrence, l'incompatibilité résulte du fait que l'on ne peut pas affirmer

¹⁴⁴⁴ Sur cet exemple, v. *supra*, n° 677 et note n° 1453.

¹⁴⁴⁵ Ch. réunies, 13 février 1930, *Jand'heur*, DP 1930.I.57, rapp. LE MARC'HADOUR, concl. MATTER, note Ripert ; *GACIV*, N° 193. Pour l'exposé du détail de l'« histoire », v. *supra*, n° 233.

¹⁴⁴⁶ Rappelons que l'article 1384 al. 1 dispose que l'« *on est responsable [...] du dommage que l'on cause par [...] le fait [...] des choses que l'on a sous sa garde* » (nous soulignons).

¹⁴⁴⁷ P. MATTER, *concl. préc.*, p. 66, col. droite.

que l'on *doit* distinguer le fait de la chose elle-même du fait de l'homme actionnant la chose, puisque, dans la réalité, les deux faits ne *sont* jamais distincts. Un peu plus tard, dans les mêmes conclusions, le Procureur reprendra très clairement la même idée¹⁴⁴⁸ :

[C]'est qu'il y a toujours un fait personnel sous le dommage causé par la personne ou la chose dont on répond (nous soulignons). [...] S'agit-il d'une machine qui fait explosion (arrêts du 16 juin 1896 et du 21 janv. 1919) ? Mais c'est le fait du mécanicien qui l'a mal entretenue, ou du conducteur qui l'a mal établie. S'agit-il de l'explosion de grenades à main (arrêt du 28 juin 1920) ? C'est, soit le fait des ouvriers qui les ont maniées, soit de l'entrepositaire qui les a mal conservées, ou du constructeur qui les a mal préparées. S'agit-il des fûts de résine, objet des arrêts de la chambre civile du 16 nov. 1920 et du 15 mars 1921 ? C'est le fait de la compagnie de transport qui les a mal préservés. Il en est de même, dirons-nous, pour l'automobile. Sous le fait de la voiture en marche, avant même son dynamisme propre, c'est l'action du conducteur mal maître de sa machine ; [...].

799. L'argument d'(in-)adaptation au réel exprime ainsi une contrainte au réalisme des interprétations. *Il ne doit être, ce qui ne peut être*. Si l'hypothèse néglige cette contrainte, elle devient « contraire à la nature des choses » ; elle tombe dans l'« artifice » ; elle sombre dans la « fiction »¹⁴⁴⁹. Cet argument, comme tous les autres, n'est pas contraignant. Que l'on

¹⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 68, col. droite.

¹⁴⁴⁹ Nous entendons ici le terme « fiction » en un sens péjoratif. Il s'agit d'un reproche dénonçant « *ce qui est feint (fictum) ou fabriqué par l'esprit* » (A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, *op. cit.*, v. « fiction »), ce « *qui n'a rien de réel* » (*Le Petit Larousse illustré*, *op. cit.*, v° « Fiction »). Le reproche ou l'argument de fiction ne doit pas être confondu avec la fiction en tant que « *technique juridique* » (G. CORNU (sous la dir. de), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v. « Fiction »). Dans ce cas, la fiction est précisément 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. Ex. à faire comme si l'enfant conçu était né afin qu'il acquière un droit [...]* » (*ibid.*). Contrairement à la fiction en tant que nom neutre d'une technique juridique, le reproche ou l'argument de fiction consiste en un jugement de valeur destiné à discréditer une hypothèse.

Le reproche de fiction était l'argument principal invoqué par l'Avocat général M. CABANNES dans « l'histoire des fresques » (Ass. plén., 15 avril 1988, *D.* 1988.352, concl. J. CABANNES, *J.C.P.* 1988.II.21066, rapp. GRÉGOIRE). Cette « histoire », l'on s'en souvient (v. *supra*, n° 164), posait un problème de qualification relatif à des fresques arrachées des plafonds d'une chapelle. Ces fresques constituaient-elles des meubles ou des immeubles (par destination) ? Pour comprendre un peu mieux cette problématique il est utile de se rappeler que, d'après les articles 524 et 525 du Code civil, un bien meuble par nature peut se transformer en un immeuble par destination lorsque ce bien meuble est affecté par son propriétaire « *au service d'un immeuble qui est également sa propriété* » (J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, t. 2, Paris, PUF/Quadrige, 2004, n° 723, p. 1621). Dans ce cas, « *le meuble affecté au service de l'immeuble devient immeuble lui-même* » (*ibid.*). En tous les cas, cependant, *l'immeuble par destination est initialement un bien meuble*. Autrement dit, pour qualifier les fresques d'immeubles par destination, il fallait démontrer qu'elles étaient au départ des meubles. Pour ce faire, la Cour d'appel de Montpellier avait estimé que les fresques constituaient, certes, initialement des immeubles par nature. Cependant, la découverte du procédé technique de décollage des fresques les aurait

repense à l'« histoire des transsexuels » et au rejet de l'hypothèse d'interprétation large du mot « femme » incluant les transsexuels hommes transformés en femme¹⁴⁵⁰. Lord HOPE of CRAIGHEAD avait soutenu que cette interprétation large devait être rejetée parce qu'« *un changement complet de sexe est, rigoureusement parlant, non réalisable* »¹⁴⁵¹. Certes, peut-on répondre. Mais faut-il nécessairement entendre par « femme », au sens de la section 1 (c) du *Matrimonial Causes Act 1973*, une femme d'après son sexe anatomique ? N'aurait-il pas suffi que les juges anglais, à l'image de leurs homologues français, retinssent le sexe dont on a l'apparence ? En bref, l'argument de l'(in-)adaptation au réel est loin d'être toujours convaincant.

Un autre argument est étroitement associé à celui que nous venons d'étudier.

§ II – L'ARGUMENT DE LA NÉCESSITÉ D'ADAPTER LE DROIT AU CHANGEMENT

800. Cet argument procède de l'argument précédent. C'est parce que les hypothèses doivent être adaptées à la réalité, qu'elles doivent s'adapter au changement, notamment social. Par conséquent, *cet argument consiste à justifier une hypothèse en affirmant qu'elle est mieux adaptée aux réalités nouvelles comparée à l'interprétation actuellement en cours*. Cet

transformées, pour un « instant de raison », en des bien meubles (*concl. préc.*, p. 328, col. gauche). Suite à cette *mobilisation intellectuelle* des fresques, la volonté des propriétaires, qui n'avaient pas consenti au décolllement des fresques, aurait à nouveau permis de les immobiliser, du moins sur le plan intellectuel. En résumé, d'après la Cour d'appel, les fresques, après avoir été initialement des immeubles par nature, seraient devenus intellectuellement des meubles, puis se seraient transformées intellectuellement en immeubles par destination. Devant l'Assemblée plénière, M. l'Avocat général CABANNES réfuta l'hypothèse de la qualification immobilière en dénonçant la fiction inhérente à cette hypothèse : « *La cause est entendue : il n'y a pas de nouvelle fiction de la loi ni de mobilité potentielle des fresques. [...] Pour qu'un bien devienne immeuble par destination, il faut avant tout qu'il ait été meuble par nature* » (*ibid.*).

¹⁴⁵⁰ Pour l'exposé du détail de cette « histoire », v. *supra*, n° 502.

¹⁴⁵¹ Lord HOPE of CRAIGHEAD, House of Lords, 10 avril 2003, *Bellinger v Bellinger*, *arrêt préc.*, n° 57. Le passage intégral de l'argument s'énonce comme suit : « *L'essence du problème, comme je le vois, réside en l'impossibilité de changer complètement le sexe que des individus acquièrent quand ils sont nés. Beaucoup de choses peuvent être faites pour enlever les caractéristiques physiques du sexe dont le transsexuel souhaite s'évader et pour reproduire celles du sexe qu'il ou elle aimerait acquérir. [...] Mais la science médicale est incapable, dans son état présent, de compléter le processus. Elle ne peut pas changer un homme en une femme ou une femme en un homme. [...] Bien qu'il [le traitement] est souvent décrit comme un changement de sexe, le processus est inévitablement incomplet. Un changement complet de sexe est, rigoureusement parlant, non réalisable* ».

argument est crucial pour motiver un revirement de jurisprudence ou pour combler une lacune de la loi. À ces occasions, les juges s'interrogent souvent sur leur compétence pour créer une règle jurisprudentielle nouvelle¹⁴⁵². Est-ce au juge qu'il appartient de créer la règle nouvelle ou bien cette création devrait-elle incomber au législateur ? La nécessité d'adapter le droit au changement est un argument fort en faveur de l'initiative prétorienne. Il reste qu'en sens inverse, l'argument de la « séparation des pouvoirs », s'opposant à la création jurisprudentielle, ne sera jamais très loin pour venir contrer l'hypothèse de la compétence du magistrat¹⁴⁵³.

801. Les décisions dans notre « affaire sur le transsexualisme » fournissent de belles illustrations de cet argument. Sans entrer dans le détail de l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes¹⁴⁵⁴ dans cette affaire, l'on peut néanmoins citer ce passage, particulièrement général mais explicite, dû à l'Avocat général TESAURO¹⁴⁵⁵ :

À mon sens, la loi ne peut pas se couper de la société telle qu'elle est réellement, et ne doit pas manquer de s'y adapter aussi rapidement que possible. Autrement elle risque d'imposer des vues périmées et de jouer un rôle statique. Dans la mesure où la loi cherche à réguler des relations dans la société, elle doit au contraire s'adapter au changement social, et doit, pour cette raison, être capable de réguler des situations nouvelles mises en évidence par le changement social et les avancées de la science. (pt. 9)

802. Cet argument, on le retrouvera dans la même « affaire », mais cette fois-ci, sous la plume de l'Avocat général Michel JÉOL. S'interrogeant cette fois-ci sur la compétence de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation pour reconnaître juridiquement le changement de sexe dans les actes d'état civil des transsexuels, il justifie l'hypothèse de la compétence du juge judiciaire de la manière suivante :

¹⁴⁵² Sur cette interrogation, v. *supra*, n° 501 et s.

¹⁴⁵³ L'argument de la séparation des pouvoirs est, comme l'argument de l'adaptation, un argument de compatibilité, mais de compatibilité avec le système juridique. L'argument de la séparation des pouvoirs relève par conséquent du test de cohérence. Plus exactement, il invoque l'incompatibilité de l'hypothèse de compétence avec le principe de la séparation des pouvoirs.

¹⁴⁵⁴ CJCE, 30 avril 1996, *P contre S et Cornwall County Council*, aff. C-13/94 *Rec.* 1996.I.02143, concl. TESAURO.

¹⁴⁵⁵ *Concl. préc.*, n° 9, traduites librement de l'anglais.

Considérant que la reconnaissance d'un statut particulier pour les transsexuels sur le fondement des textes en vigueur – qui, à la vérité, n'en disent rien – vous ferait **prendre des libertés trop grandes avec la loi et empiéter sur les prérogatives du Parlement**, vous pourriez avoir la tentation de maintenir en la matière la jurisprudence de la première chambre civile (nous soulignons)¹⁴⁵⁶. [...]

C'est [...] l'une des missions du juge – surtout en matière civile, où il n'est pas tenu par le principe d'interprétation stricte – **d'apporter des solutions aux problèmes que le législateur n'a pas prévus et que révèle la vie sociale, sinon la vie tout court** (nous soulignons). Et il ne faut pas plus d'audace aujourd'hui pour doter le transsexuel d'un statut prétorien qu'il n'en a fallu hier pour donner – parmi de nombreux exemples – l'immense portée que l'on sait au modeste article 1384 du Code civil¹⁴⁵⁷ !

803. Les deux paragraphes ci-dessus ont l'avantage de bien mettre en lumière la problématique soulevée par l'argument de la nécessité d'adaptation. En effet, ainsi que nous venons déjà de le remarquer, l'initiative prétorienne d'adaptation du droit risque de déclencher une incompatibilité avec le principe de la séparation des pouvoirs. La nécessité d'adapter le droit au changement permet, en l'occurrence, de fonder la compétence judiciaire au détriment de celle du législateur. Mais l'argument n'est pas toujours décisif, en ce sens qu'une intervention du législateur peut paraître indispensable en dépit de l'inadaptation des règles de droit¹⁴⁵⁸.

¹⁴⁵⁶ M. JÉOL, concl., Ass. plén., 11 décembre 1992 (deux arrêts), *René X, Marc X, J.C.P.* 1993.II.21991concl. préc., p. 43, col. droite. M. l'Avocat général JÉOL invoque à l'appui de son argument l'interprétation de l'article 1384 al. 1 du Code civil qui correspond à « l'histoire de la fille accidenté », c'est-à-dire à l'arrêt *Jand'heur* (Ch. réunies, 13 février 1930, *Jand'heur*, DP 1930.I.57, rapp. LE MARC'HADOUR, concl. MATTER, note Ripert ; GACIV, N° 193 ; pour l'exposé du détail de l'« histoire », v. *supra*, n° 233). Nous nous permettons ici de citer un passage issu des conclusions du Procureur général MATTER invoquant lui aussi l'argument de la nécessité de l'adaptation : « Cette jurisprudence dépasse-t-elle les termes de la loi ? [...] Peut-être conviendrait-il de vous rappeler les phrases qu'à ce sujet consacrait justement un grand magistrat quand il disait que la jurisprudence opère une œuvre créatrice ; qu'en présence de tous les changements opérés dans les idées, dans les mœurs, dans les institutions, dans l'état économique de la France, **on doit adapter libéralement, humainement, le texte aux réalités et aux exigences de la vie moderne** (nous soulignons). Avez-vous jamais manqué à ce devoir ? N'êtes-vous point, par des revirements parfois bien plus brusques que l'actuel, n'êtes-vous point revenus en arrière pour modifier une jurisprudence erronée » (concl. préc., p. 70, col. gauche). Le grand magistrat dont fait état le Procureur général MATTER se trouve être le Premier Président BALLOT-BEAUPRÉ déclarant lors des célébrations du centenaire du Code civil en 1904 que le juge doit « *adapter libéralement, humainement, le texte aux réalités & aux exigences de la vie moderne* » (cité par Ch. JAMIN, « Un modèle original : la construction de la pensée juridique française », publié sur <http://www.courdecassation.fr> ; v. également, Ph. JESTAZ, Ch. JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz, col. Méthodes du droit, 2004, p. 134).

¹⁴⁵⁷ *Ibid.*, p. 44, col. gauche.

¹⁴⁵⁸ C'est ainsi que dans notre « histoire sur le transsexualisme » les juges britanniques ne se sont pas reconnus compétents pour adapter le droit au changement (sur ce point, v. *supra*, n° 505), à l'inverse de M. l'Avocat général JÉOL (sur ce point, v. *supra*, n° 506).

804. Nous en avons dit assez sur l'argument de la nécessité d'adaptation du droit au changement et du conflit éventuel de cet argument avec l'argument de la séparation des pouvoirs. C'est également à ce stade que nous arrêtons nos développements sur le test d'adéquation et plus généralement sur le test de compatibilité. En effet, un autre test d'une grande importance dans le raisonnement nous reste encore à examiner. Il s'agit du test conséquences de l'hypothèse.

Conclusion du chapitre III

805. Les hypothèses juridiques ne sont pas seulement mises à l'épreuve par un test du précédent et un test des autorités. Elles le sont également par un test de compatibilité. La notion de compatibilité dérive du principe logique de la non-contradiction : une proposition et sa négation ne peuvent être vraies à la fois. Cependant, en langage ordinaire, qui est celui du droit, les véritables contradictions sont extrêmement rares. De fait, les conflits entre propositions du langage ordinaire sont fondamentalement affectés de données contextuelles et des aléas de l'interprétation. À ce titre, suivant le contexte d'application en présence, deux règles entrent ou non en collision. C'est pour rendre compte de cette différence entre, d'une part, l'incertitude inhérente aux collisions entre propositions du langage ordinaire et, d'autre part, l'évidence des contradictions logiques, que nous avons retenu, à la suite du *Traité de l'argumentation*, la notion d'incompatibilité au détriment de la notion de contradiction.

806. L'incertitude affectant les (in-)compatibilités empêche que l'on puisse en fournir une définition rigoureuse. Néanmoins, il nous semble que deux aspects distincts méritent d'être mis en évidence au sein de la notion de compatibilité. Celle-ci regroupe, en effet, non seulement des arguments d'ordre systémique vérifiant si les hypothèses juridiques s'insèrent harmonieusement dans le système juridique ou du moins dans l'une de ses parties. La compatibilité pose aussi une exigence d'adéquation des hypothèses au réel. Aussi bien, dans la présentation du test de compatibilité des hypothèses, avons-nous distingué entre, d'une part, un *test de cohérence* évaluant la compatibilité de l'hypothèse avec le système juridique et, d'autre part, un *test d'adéquation* évaluant la compatibilité de l'hypothèse avec le réel.

807. La notion de cohérence se réfère à un rapport substantiel ou sémantique de compatibilité entre les éléments du système juridique. Plus précisément, l'(in-)cohérence peut s'analyser en termes de principes et en termes de finalités. En effet, lorsque l'on se place d'un point de vue des finalités, l'on se rend compte qu'un ensemble de règles est incohérent, lorsque ces règles ne poursuivent pas de finalités intelligibles, lorsqu'elles paraissent inadaptées à ces finalités ou lorsque les finalités elles-mêmes ne sont pas compatibles entre elles. En termes de principes, la cohérence d'un ensemble de règles semble résulter de ce que ces règles peuvent être considérées comme des concrétisations d'un principe qui les justifie. À bien y regarder, toutefois, l'analyse de la cohérence en termes de principes et de finalités ne diffère guère. De fait, l'on peine à distinguer les finalités des principes, dans la mesure où les principes sont eux-mêmes des finalités énoncées sous forme de règles.

808. En définitive, nous avons retenu deux formes de cohérence du droit : la cohérence horizontale et la cohérence verticale. Cette distinction se fonde sur les différences de degré en généralité et en abstraction que des normes peuvent posséder. Aussi bien, suivant que deux normes se situent à peu près au même degré de généralité et d'abstraction, l'on dira qu'elles se situent dans le champ de la cohérence horizontale du droit. En revanche, lorsqu'elles se situent à des degrés de généralité et d'abstraction divergents, elles s'inscrivent dans le champ de la cohérence verticale du droit. En d'autres mots, la cohérence décrit une relation entre normes qui se déploie dans toutes les directions à la fois.

809. Nous ne nous cachons pas, cependant, que la notion de cohérence est affectée de faiblesses conceptuelles majeures. Elle est d'abord affectée des incertitudes inhérentes à toute interprétation. Mais en plus, l'on peut se demander si elle ne se nourrit pas d'une illusion cognitive (l'on ne saurait connaître les exigences de la cohérence), voire d'une illusion ontologique (dans la réalité, la cohérence n'existe pas). Toutes ces critiques, si elles sont pertinentes, nous paraissent en même temps excessives. C'est qu'en fin de compte, la cohérence n'est rien d'autre qu'un idéal et une vertu légitimant la création prétorienne du droit en la contraignant au travers de sa compatibilité avec le droit positif. Elle n'est donc pas un critère rigoureux.

810. Il existe une grande diversité d'arguments de cohérence du droit. Parmi ceux-ci nous avons repéré un argument de compatibilité normative contrôlant la compatibilité d'une hypothèse avec une norme appartenant ou non au système juridique. L'argument du

fondement, quant à lui, justifie une hypothèse en la présentant comme la conséquence déduite d'une ou de plusieurs règles ou principes. L'argument moyen-fin est un argument qui justifie une réponse possible à un problème de droit par la finalité qu'elle poursuit. Enfin, les arguments fondés sur le principe d'égalité sont également des arguments de cohérence. Il s'agit des arguments traditionnels de la logique juridique, à savoir de l'argument d'analogie (*a simili* ou *a pari*), de l'argument *a foriori* et de l'argument *a contrario*. L'argument d'induction peut être rapproché de l'analogie. C'est ainsi qu'à la suite des auteurs germaniques, nous avons analysé l'induction comme une « analogie d'ensemble ».

811. Le second test de compatibilité évalue la compatibilité d'une hypothèse avec le réel que cette hypothèse contribue à régir. Il exige que l'hypothèse soit réaliste. Elle ne saurait affirmer qu'il doit être, ce qui ne peut être. C'est l'argument de l'(in-)adaptation de l'hypothèse à la réalité. Une hypothèse qui néglige cette contrainte de réalisme sombre dans la fiction. Un autre argument est étroitement associé à cette exigence d'adaptation au monde qui nous entoure. Il s'agit de l'argument de la nécessité d'adapter le droit au changement. C'est l'argument, par excellence, invoqué pour justifier un revirement de jurisprudence. Il sera souvent contré par un argument en sens inverse, à savoir celui de la séparation des pouvoirs affirmant que le juge n'a pas compétence pour effectuer cette adaptation.

Chapitre IV

LE TEST DES CONSÉQUENCES

812. Le test des conséquences ou test conséquentialiste des hypothèses juridiques est celui qui consiste à corroborer ou à réfuter une hypothèse juridique en fonction des conséquences favorables ou défavorables qu'elle serait susceptible de produire si elle était retenue. D'un point de vue argumentatif, ce test prend la forme de ce que l'on appelle habituellement un « argument pragmatique ». Nous nous arrêterons à l'analyse de cet argument dans un premier temps (Section I). Néanmoins, nous aurons également à insister sur certaines complications inhérentes à l'usage des arguments pragmatiques. Nous y viendrons en un second temps (Section II).

SECTION I

L'ARGUMENT PRAGMATIQUE

813. La notion d'argument pragmatique fera l'objet d'un premier développement (§ I). Cependant, comme il existe selon nous, une grande variété d'arguments pragmatiques, il convient de réserver un second développement à leur diversité (§ II). En d'autres mots, nous considérons l'argument pragmatique comme une grande catégorie d'arguments susceptible de regrouper diverses espèces d'un même genre. Or, il s'avère que cette façon de voir n'est nullement partagée par les ouvrages de rhétorique. Ceux-ci ont tendance à éparpiller les divers arguments conséquentialistes dans différentes catégories d'arguments sans repérer le lien fondamental qui les unit et sans remarquer qu'ils sont tous aptes à tomber sous la définition générale de l'argument pragmatique. Aussi bien, abandonnerons-nous encore une fois les classifications traditionnelles de la rhétorique¹⁴⁵⁹.

¹⁴⁵⁹ Sur cette remise en cause des classifications d'arguments adoptées traditionnellement par les ouvrages de rhétorique, v. *supra*, n° 532 et s.

§ I – LA NOTION D'ARGUMENT PRAGMATIQUE

814. L'argument pragmatique est habituellement défini comme « *un argument des conséquences qui apprécie un acte, un événement, une règle ou toute autre chose, en fonction de ses conséquences favorables ou défavorables* »¹⁴⁶⁰. Il s'agit d'un argument qui « *transfère sur la cause la valeur des conséquences* »¹⁴⁶¹. L'on dira, par exemple, que « *l'interdiction de l'avortement [cause/principe] est condamnable parce que les avortements clandestins provoquent la mort de milliers de femmes [effet/conséquence]* »¹⁴⁶². Ainsi, l'argument pragmatique, même s'il ne doit pas être confondu avec un argument causal proprement dit¹⁴⁶³, s'appuie sur l'existence d'une chaîne causale entre certains éléments et propose d'apprécier la valeur d'un événement ou d'un principe par la valeur de ses effets ou de ses conséquences. Bref, dans l'argument pragmatique, *c'est la valeur de l'effet qui justifie la valeur de la cause*. L'arbre est jugé à ses fruits !

815. Le *Traité de l'argumentation* précise que « *cet argument joue un rôle à tel point essentiel dans l'argumentation, que certains ont voulu y voir le schème unique de la logique des jugements de valeur : pour apprécier un événement il faut se reporter à ces effets* »¹⁴⁶⁴. Tel est le cas des utilitaristes, comme BENTHAM, qui ne conçoivent pas une autre manière d'argumenter¹⁴⁶⁵ :

¹⁴⁶⁰ Ch. PERELMAN, « L'argument pragmatique », in *Le champ de l'argumentation*, Bruxelles, Presses universitaires de Bruxelles, 1970, p. 100.

¹⁴⁶¹ B. BUFFON, *La parole persuasive, op. cit.*, p. 179.

¹⁴⁶² En ce sens, v. *ibid.*, p. 180.

¹⁴⁶³ D'après le *Traité de l'argumentation*, l'argument causal consiste ou bien à relier deux événements donnés ou bien à rechercher, à partir d'un événement donné, la cause de cet événement ou bien à en rechercher l'effet (*op. cit.*, § 61, p. 354). L'argument pragmatique qui se greffe sur un lien causal, diffère cependant de l'argument causal, puisqu'il est un argument sur la *valeur* d'un événement ou d'un principe à partir de la valeur de l'effet ou de la conséquence. L'argument causal n'opère pas un tel transfert de valeur. Il consiste à établir l'*existence* d'un lien causal ou l'*existence* d'un événement (ou principe) ou l'*existence* d'un effet (ou conséquence). Il est vrai que l'argument pragmatique se fonde toujours sur un argument causal sous-jacent, car l'on ne voit pas comment la valeur d'un effet pourrait être transférée sur une cause, s'il n'existait pas un lien causal au départ. Mais l'argument pragmatique ajoute quelque chose à l'argument causal. Il s'agit précisément du jugement de valeur.

¹⁴⁶⁴ Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation, op. cit.*, § 62, p. 358.

¹⁴⁶⁵ J. BENTHAM, *Œuvres*, t. I, *Principes de législation*, chap. XIII, cité par *ibid.*

Qu'est-ce que donner une *bonne raison* en fait de loi ? C'est alléguer des biens ou des maux que cette loi tend à produire... Qu'est-ce que donner une *fausse raison* ? C'est alléguer, pour ou contre une loi toute autre chose que ses effets, soit en bien, soit en mal.

816. Nous avons défini les hypothèses juridiques comme des interprétations possibles du droit¹⁴⁶⁶. Par conséquent, l'application d'un argument pragmatique à une hypothèse juridique consiste à évaluer une interprétation du droit en fonction de ses conséquences favorables ou défavorables. Plus exactement, comme nous nous sommes placés sous l'angle de la justification des hypothèses juridiques¹⁴⁶⁷, *l'argument pragmatique permet de corroborer ou de réfuter une interprétation possible du droit en fonction des conséquences favorables ou défavorables qu'elle produirait si elle était retenue.*

817. Cette appréciation d'une interprétation par ses conséquences est un procédé reconnu depuis longtemps par la doctrine juridique¹⁴⁶⁸. La méthode aurait cependant, selon CARBONNIER, « *une modernité cachée* », puisqu'« *à l'heure actuelle, il est rare que les interprètes, les magistrats ne sentent pas le filet qui relie leur décision éventuelle à la vie économique ou sociale* »¹⁴⁶⁹. D'une manière plus catégorique, on nous dit même que « *le juge ne saurait répondre à l'initiative du demandeur par une argumentation formelle, détachée de ses incidences et de ses conséquences* »¹⁴⁷⁰. Il est vrai que nous ne nous sommes pas livrés à

¹⁴⁶⁶ Sur ce point, v. *supra*, n° 31 et 476 ss.

¹⁴⁶⁷ Sur ce point, v. *supra*, n° 52 et 495 ss.

¹⁴⁶⁸ En ce sens, v. p. ex., C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français*, t. 1, Paris, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 3^{ème} éd., 1856, § 40, p. 121. Les auteurs mettent, toutefois, en garde contre l'utilisation de ce procédé et ne conseillent de « *le considérer comme décisif que dans le cas où il conduit à faire rejeter une application de la loi qui conduirait à une iniquité manifeste, ou qui supposerait, de la part du législateur, une inconséquence flagrante* » (*ibid.*) ; F. LARNAUDE, « Le droit public, sa conception, sa méthode », in *Les méthodes juridiques, Leçons faites au Collège libre des sciences sociales en 1910, op. cit.*, pp. 27-28 : « *J'ajoute même, en me plaçant à un point de vue plus général, que le rôle de la déduction a une importance capitale en cet autre sens qu'elle permet d'apprécier la valeur du principe. De même qu'on juge l'arbre à ses fruits, de même l'on jugera le principe à ces conséquences ! Et si, parmi elles, il s'en trouve d'inacceptables, de choquantes, il faudra y regarder à deux fois avant de le proclamer et de l'admettre au nombre des élus* » ; P. FABREGUETTES, *La logique judiciaire et l'art de juger, op.cit.*, 1914, p. 379.

¹⁴⁶⁹ J. CARONNIER, *Introduction, op. cit.*, n° 159, p. 307.

¹⁴⁷⁰ P. DRAI, « Le délibéré et l'imagination du juge », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Mélanges en l'honneur de R. PERROT*, Paris, Dalloz, 1996, p. 115. Adde, J.-P. ANCEL, « La rédaction de la décision de justice en France », Actes du colloque organisé le 5 et 6 mai 1997 sur le thème de *L'élaboration de la décision de justice, Études de droit comparé, R.I.D.C. 1998.3.842* : « *Les instruments du délibéré – propres à permettre au juge de sortir du doute pour prendre une décision – sont bien connus (analyse critique des données du litige, la recherche juridique, la réflexion, pour construire une décision logique, l'appréciation de sa portée, de ses conséquences juridiques, sociales, humaines tout cela dans la confrontation des points de vue propre à la collégialité, qui demeure la règle en droit français)* » (nous soulignons).

une étude historique des argumentations juridiques. Il reste que dans les décisions étudiées, qu'elles soient françaises, anglaises¹⁴⁷¹ ou communautaires, anciennes ou plus récentes, le recours aux arguments conséquentialistes en tous genres est extrêmement fréquent.

818. Prenons, pour commencer, un exemple simple, celui de « l'histoire du chèque de la veuve Emmanuel »¹⁴⁷². Dans cette affaire, rappelons-le, la veuve Emmanuel avait tardivement remis un chèque à son assureur *avant* la survenance d'un incendie, mais le chèque n'avait été encaissé par l'assureur qu'*après* le sinistre. Or, la loi prévoyait que l'assurance suspendue ne reprendrait ses effets qu'« à midi, le lendemain du jour » du paiement de la prime. Le problème soulevé par le cas d'espèce était donc le suivant : par les termes « le lendemain à midi du jour » où la prime arriérée a été payée faut-il entendre le lendemain à midi du jour de l'*encaissement* du chèque ou le lendemain à midi du jour de sa *remise* ? À chaque branche de cette alternative correspond une hypothèse juridique que l'on peut formuler de la manière suivante :

- *on entend par jour de paiement, le jour de l'encaissement du chèque ;*
- *on entend par jour de paiement, le jour de la remise du chèque.*

819. L'Avocat général LINDON, concluant en faveur de l'hypothèse du jour de la remise du chèque, justifie son choix par un raisonnement reposant exclusivement sur des arguments pragmatiques. Certes, il reconnaît d'abord qu'« *il est vrai que, sur le plan de la législation du chèque, ce motif [c'est-à-dire l'hypothèse du jour de l'encaissement retenue par la Cour d'appel] s'appuie sur une jurisprudence ancienne et classique remontant au 17 décembre 1924 (D.P. 1925, 1, 71) »*¹⁴⁷³. Mais il relève aussitôt ceci¹⁴⁷⁴ :

¹⁴⁷¹ Pour la jurisprudence anglaise, v. N. MACCORICK, *Raisonnement juridique et théorie du droit, op. cit.*, p. 154 : « *lorsqu'on se plonge dans les recueils de jurisprudence, on est confronté à chaque page à de tels arguments* ». Ailleurs, l'auteur ajoute qu'« *à travers divers exemples choisis au hasard de mes lectures de cas, je puis du moins réfuter l'idée que de tels raisonnements ne seraient suivis que dans les très grands procès et dans les décisions constitutionnelles* » (p. 166).

¹⁴⁷² Civ. 1^{ère}, 2 déc. 1968, *J.C.P.* 1969.II.15775, concl. R. LINDON. Pour de plus amples détails sur cette « histoire », v. *supra*, n° 422.

¹⁴⁷³ R. LINDON, *concl. préc.*

¹⁴⁷⁴ *Ibid.*

Seulement dans la pratique et en matière d'assurances, ce système, si on ne l'assouplit pas en tenant compte précisément de la matière des assurances, **aboutit à des résultats très choquants.**

Et d'abord, il en résulte une **grande incertitude** pour l'assuré, car c'est le porteur du chèque qui choisit la date de la présentation. Si le chèque n'est présenté que quatre jours après la remise et si le sinistre a lieu le quatrième jour, c'est l'assuré qui sera la victime de la négligence relative de l'assureur.

En second lieu, avec un tel système, seul le paiement en espèces pourra donner tout apaisement à l'assuré. Mais alors il lui faudra aller jusqu'au bureaux de la compagnie ou de l'agent local avec des sommes parfois importantes ; et cela en dépit de la législation qui oblige à effectuer des paiements, au-dessus d'un certain montant, en chèques. [...]

Enfin, ce sur quoi je voudrais insister, c'est sur **l'inégalité du sort des deux parties.** Si le chèque n'est pas provisionné, la compagnie d'assurances a le moyen de se faire payer. Et notamment dans le cas où le sinistre serait survenu dans l'intervalle, comme dans la présente espèce, elle se payera sur le montant de l'indemnité [c'est-à-dire qu'elle compensera sa créance de prime avec sa dette d'indemnisation]. Au contraire, dans cette hypothèse, même si le chèque est provisionné, l'assuré perdra le montant de l'indemnité alors que cependant, il aura payé la prime [c'est-à-dire que même si le chèque est provisionné, l'assuré ne touchera pas d'indemnisation, alors qu'il aura quand même payé sa prime]. (nous soulignons)

820. La raison essentielle pour laquelle l'hypothèse du jour de l'encaissement du chèque doit être rejetée résulte ainsi du fait qu'elle conduirait à des conséquences « *très choquantes* » si elle était retenue. En début de ses conclusions, l'Avocat général dira aussi qu'il préconise le rejet de cette hypothèse « *pour des raisons de bon sens et de pratique* »¹⁴⁷⁵. En effet, ainsi que nous venons de le voir, il résulterait de l'hypothèse du jour de l'encaissement que la reprise des effets de l'assurance dépendrait de la seule diligence de l'assureur à la merci duquel se trouverait désormais l'assuré. Il en résulterait une « inégalité » injustifiée entre l'assureur et l'assuré et donc une injustice, dans la mesure où l'égalité est un aspect constitutif de la notion de justice¹⁴⁷⁶. La Cour de cassation a suivi les conclusions de

¹⁴⁷⁵ *Ibid.*

¹⁴⁷⁶ Sur ce point, v. *supra*, n° 103 et s.

l'Avocat général.

821. Une autre illustration parlante de l'argument pragmatique dans la validation des hypothèses juridiques nous est fournie par l'une des décisions de « l'histoire de la supériorité des traités », à savoir par l'arrêt *Costa c. E.N.E.L.* rendu le 15 juillet 1964 par la Cour de justice des Communautés européennes sur les conclusions de son Avocat général LAGRANGE¹⁴⁷⁷. Sans revenir sur le détail de cette « histoire », rappelons simplement qu'elle posait le problème d'un conflit entre, d'une part, un traité international et, d'autre part, une loi nationale qui lui était postérieure. Plus précisément, l'arrêt *Costa* soulevait la question d'un conflit entre une loi italienne de nationalisation de la production d'électricité et un certain nombre de dispositions issues du Traité de Rome antérieur à la loi italienne. Cette question faisait naître deux hypothèses que l'on peut énoncer comme suit :

- *la norme communautaire antérieure doit l'emporter sur une règle interne même postérieure (l'hypothèse de la primauté du droit communautaire) ;*
- *la règle interne postérieure doit l'emporter sur les normes communautaires antérieures (l'hypothèse de la primauté du droit national postérieur).*

822. L'Avocat général LAGRANGE conclut en faveur de l'hypothèse de la primauté du droit communautaire en insistant sur les conséquences que produirait l'hypothèse inverse. Celle-ci avait, en effet, été retenue par un arrêt de la Cour constitutionnelle italienne au sujet, précisément, de la même loi de nationalisation. Voici l'argument conséquentialiste développé par l'Avocat général¹⁴⁷⁸ :

[C]e sur quoi nous voulons insister, c'est sur **les conséquences désastreuses** – le mot n'est pas trop fort – qu'une telle jurisprudence, si elle était maintenue, risquerait d'avoir quant au fonctionnement du système institutionnel établi par le traité et, par voie de conséquence, quant à l'avenir même du marché commun (nous soulignons). [...]

S'il arrivait qu'un juge constitutionnel de l'un des États membres, dans la plénitude de sa compétence, en vînt à reconnaître qu'un tel résultat [il s'agit de la primauté du droit communautaire] ne peut être atteint dans le cadre des normes constitutionnelles de son

¹⁴⁷⁷ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, aff. 6/64, *Rec.* 1964.1179, concl. M. LAGRANGE. Pour l'exposé du détail de cette « histoire », v. *supra*, n° 430.

¹⁴⁷⁸ M. LAGRANGE, *concl. préc.*, p. 1180.

pays, par exemple à l'égard des lois ordinaires contraires au traité qui prévaudraient sur le traité lui-même sans qu'aucun juge (même pas le juge constitutionnel) n'ait le pouvoir d'en paralyser l'application tant qu'elles n'auraient pas été abrogées ou modifiées par le Parlement, **une telle décision créerait un conflit rigoureusement insoluble entre les deux ordres juridiques et ébranlerait les fondements mêmes du traité** (nous soulignons). Non seulement celui-ci ne pourrait recevoir application, dans les conditions qu'il a prévues, dans le pays intéressé, mais, par une réaction en chaîne, il ne le pourrait vraisemblablement pas davantage dans les autres pays de la Communauté ; en tous cas en serait-il ainsi dans ceux de ces pays (tels la France) où la priorité des accords internationaux n'est admise que « sous condition de réciprocité ».

Dans ces conditions, deux solutions resteraient ouvertes pour l'État considéré : ou bien modifier la Constitution pour la rendre compatible avec le traité, ou bien dénoncer celui-ci.

823. Dans le passage qui précède, l'Avocat général LAGRANGE se sert d'un argument pragmatique tout à fait déterminant pour rejeter l'hypothèse de la primauté du droit national postérieur. Si celle-ci était retenue, elle aurait pour conséquence de remettre en cause l'existence même des Communautés européennes. À son tour, conformément aux conclusions de son Avocat général, la Cour de justice se servira elle aussi de l'argument pragmatique pour condamner l'hypothèse de la primauté du droit national¹⁴⁷⁹ :

[Attendu] que la force exécutive du droit communautaire ne saurait, en effet, varier d'un État à l'autre à la faveur des législations internes ultérieures, sans mettre en péril la réalisation des buts du traité visée à l'article 5(2), ni provoquer une discrimination interdite par l'article 7¹⁴⁸⁰.

¹⁴⁷⁹ *Arrêt préc.*, pp. 1159-1160.

¹⁴⁸⁰ Ce passage doit se lire comme suit : l'hypothèse de la primauté du droit national postérieur doit être rejetée parce qu'elle a pour conséquence de faire varier le droit communautaire d'un État à l'autre. Cette variation aurait pour conséquence une incompatibilité avec les buts du Traité et donc avec son article 5, alinéa 2, qui dispose que les États membres « *s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril les buts du présent traité* ». De plus, l'hypothèse de primauté du droit national, tout en ayant pour conséquence de faire varier la « force exécutive » du droit communautaire, aurait également pour conséquence une incompatibilité avec le principe de non discrimination prévu, à l'époque, à l'article 7, alinéa 1 (aujourd'hui l'article 6 alinéa 1). Ce mélange d'arguments conséquentialistes et d'arguments de cohérence est un exemple typique d'imbrication de tests que nous avons déjà eu l'occasion de rencontrer (sur ce point, v. *supra*, n° 541).

que les obligations contractées dans le traité instituant la Communauté ne seraient pas inconditionnelles mais seulement éventuelles, si elles pouvaient être mises en cause par les actes législatifs futurs des signataires. [...]

attendu que la prééminence du droit communautaire est confirmée par l'article 189 aux termes duquel les règlements ont valeur « obligatoire » et sont « directement applicables dans tout État membre »¹⁴⁸¹ ;

que cette disposition, qui n'est assortie d'aucune réserve, serait sans portée si un État pouvait unilatéralement en annihiler les effets par un acte législatif opposable aux textes communautaires ;

attendu qu[e][...] le droit né du traité ne pourrait [...] se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, **sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même** (nous soulignons).

824. Une dernière illustration particulièrement éclairante de l'argument pragmatique nous est fournie par les raisonnements tenus dans ce que nous avons baptisé « l'histoire de l'enfant né handicapé »¹⁴⁸². Cette histoire, l'on s'en souvient, est formée de deux arrêts, l'un français – il s'agit de l'arrêt *Perruche*¹⁴⁸³ –, l'autre anglais – il s'agit de l'arrêt *McKAY and another v Essex Area Health Authority and another* rendu le 19 février 1982 par *Court of Appeal* d'Angleterre¹⁴⁸⁴. Dans l'une comme dans l'autre de ces décisions, il se posait la question de savoir s'il fallait ou non reconnaître à l'enfant une action en réparation du préjudice de sa naissance (handicapée). Suivant certains des magistrats, cette action en *wrongful life* revenait à reconnaître que la vie pouvait constituer un préjudice légitime et donc réparable ou encore que l'enfant était titulaire d'un droit de ne pas naître. Quoi qu'il en soit, cette « histoire » voyait s'affronter deux hypothèses, l'une reconnaissant l'existence de l'action de vie préjudiciable, l'autre la récusant.

¹⁴⁸¹ L'article 189, alinéa 2, dispose que « le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre ».

¹⁴⁸² Pour l'exposé du détail de cette « histoire », v. *supra*, n° 629.

¹⁴⁸³ Ass. plén., 17 nov. 2000, *J.C.P.* 2000.II.10438, rapp. P. SARGOS, concl. contraires J. SAINTE-ROSE, note F. CHABAS.

¹⁴⁸⁴ Cour d'appel d'Angleterre, 19 févr. 1982, *The All England Law Reports*, 1982.771.

825. Dans l'arrêt *MacKay*, de l'aveu même du juge STEPHENSON, c'est un argument pragmatique qui lui permet de justifier son choix entre les deux hypothèses et de rejeter l'action en *wrongful life*¹⁴⁸⁵ :

Les défendeurs doivent être présumés négligents. L'enfant souffre de graves malformations. Si les défendeurs n'avaient pas été négligents, l'enfant ne souffrirait pas aujourd'hui puisqu'il ne serait pas en vie. Pourquoi les défendeurs ne devraient-ils pas alors payer pour la souffrance de l'enfant ? **La réponse réside dans les implications et les conséquences de soutenir qu'ils le devraient** (nous soulignons).

826. Quelles sont alors ces conséquences ? Raisonnant plus précisément sur l'hypothèse de l'admission d'une obligation du médecin d'avorter l'enfant – qui représente le pendant du droit de naître « normal » – le juge STEPHENSON écrit notamment ceci¹⁴⁸⁶ :

Imposer une telle obligation à l'égard de l'enfant constituerait, à mon sens, un empiètement supplémentaire sur la sainteté de la vie humaine et serait contraire à l'ordre public (*public policy*). **Cela voudrait dire que la vie d'un enfant handicapé serait considérée comme non seulement moins précieuse que la vie d'un enfant normal, mais tellement moins précieuse qu'elle ne vaudrait pas la peine d'être préservée**, et elle [cette obligation] signifierait même qu'un médecin serait tenu de payer des dommages et intérêts à un enfant contaminé par la rubéole avant la naissance, mais qui serait en fait né avec une anomalie bénigne et triviale. Telles sont les conséquences de cette hypothèse nécessaire et basique (*necessary basic assumption*) qu'un enfant a le droit de naître entier ou pas du tout, de ne pas naître à moins qu'il peut naître parfait ou 'normal', quoique cela veuille dire.

Il doit être ajouté à cette objection l'ouverture des tribunaux aux demandes d'enfants nés handicapés contre leurs mères pour ne pas avoir eu recours à l'avortement. [...] [C]eci est, à mon sens, une objection plus grave que la charge supplémentaire imposée aux médecins déjà exposés à des actions en responsabilité pour traitement négligent d'un fœtus [...].

827. En ce qui concerne l'arrêt *Perruche*, M. l'Avocat général SAINTE-ROSE fait

¹⁴⁸⁵ *Ibid.*, p. 784, d.

¹⁴⁸⁶ *Ibid.*, p. 781, e-g. Il est vrai que nous le passage cité présente à nouveau une imbrication d'un argument pragmatique avec un argument de cohérence : la compatibilité avec l'ordre public et la valeur éminente de la vie humaine. Sur cette problématique, v. *infra*, n° 541.

également un usage massif de l'argument pragmatique pour justifier le rejet de l'hypothèse de l'admission de l'action de vie préjudiciable. Sous un titre « *les implications de l'action de vie préjudiciable* », il consacre même, à quelques nuances près, toute la troisième partie de ses conclusions à ce type d'argument. En voici quelques extraits qui s'avèrent parfaitement comparables aux arguments du juge STEPHENSON¹⁴⁸⁷ :

S'il existait [le droit de naître normal], ce droit serait opposable à tous. Aux personnels de santé [...] mais aussi aux parents [...]. Il serait opposable en particulier à la mère [...].

La logique de l'action en *wrongful life* conduit à transformer la faculté d'avortement reconnue à la mère en obligation pour celle-ci dont le libre arbitre est ainsi totalement dénié. [...]

C'est également une question de dignité, celle des parents : l'action en *wrongful life* implique une discrimination entre les parents de bonne qualité biologique et les autres qui devraient s'abstenir de procréer. [...]

Mais il convient surtout de **mesurer les conséquences** d'un courant jurisprudentiel qui, en sortant du lien de causalité et en imposant aux praticiens une véritable obligation de sécurité fait de "la conception et de la naissance de l'enfant une opération où les géniteurs seraient totalement déchargés de la responsabilité au profit de l'accompagnement médical" (nous soulignons).

On passerait ainsi d'un système de responsabilité à un système de garantie automatique, ce qui devrait être clairement dit. [...]

Cette obligation de garantie totale de naissance d'un enfant indemne [...] risque de déresponsabiliser les médecins tant serait écrasante leur responsabilité car ils ne seraient plus seulement en charge de la maladie mais "en charge directe de la création des êtres". [...]

L'autre conséquence prévisible de l'obligation de garantie mise à la charge des praticiens sera de les inciter, devant le plus léger doute, à préconiser l'avortement qui ne suscite aucune action. [...]

¹⁴⁸⁷ J. SAINTE-ROSE, *concl. préc.*, pp. 2307 (coll. droite)-2308 (coll. gauche).

La multiplication des tests de dépistage liée à la découverte de nouveaux gènes qui va accroître les risques d'erreur et de dommage ne manquera pas de renforcer cet eugénisme de précaution.

828. Les illustrations de l'argument pragmatique qui précèdent, permettent déjà de prendre conscience de la très grande hétérogénéité des conséquences imaginables d'une hypothèse juridique. Nous reviendrons sur cette hétérogénéité et les difficultés de conceptualisation qu'elle implique. Mais auparavant, il nous paraît utile de compléter cette présentation du test conséquentialiste, en insistant sur la diversité des genres de conséquences que les magistrats ont l'habitude d'invoquer.

§ II – LA DIVERSITÉ DES ARGUMENTS PRAGMATIQUES

829. Sans nullement prétendre à l'exhaustivité, nous avons essayé, au cours de nos études de cas, de classer certaines conséquences, régulièrement invoquées par les magistrats, dans des catégories spécifiques. Pour une bonne partie d'entre elles, ces catégories spécifiques d'arguments pragmatiques ont déjà été répertoriées, en tant que telles, par les spécialistes de l'argumentation. Cependant, nous avons ajouté à cette classification quelques arguments supplémentaires qui ne figurent pas dans les livres de rhétorique quoique leur usage soit fréquent dans l'argumentation des magistrats. Rappelons-le, la classification des arguments proposée par les ouvrages spécialisés n'a rien de nécessaire ni de figé¹⁴⁸⁸ et il sera, sans doute, possible d'ajouter encore d'autres types d'arguments à ceux par nous recensés.

830. Dans les pages qui suivront, nous présenterons dans l'ordre l'argumentation par l'absurde (A), l'expérience mentale (B), l'argument de direction (C) et l'argument de la praticabilité et du risque (D).

A. – L'ARGUMENTATION PAR L'ABSURDE

¹⁴⁸⁸ En ce sens, v. *supra*, n° 532 et s.

Nous analyserons ce type d'argument en deux étapes, en en recherchant d'abord une définition, puis en en proposant quelques illustrations.

a) La définition de l'argumentation par l'absurde

831. Le *Traité de l'Argumentation*, qui ne retient pas l'expression « d'argumentation par l'absurde » mais celle de « ridicule », nous apprend que cette façon d'argumenter s'inspire des mathématiques : « *De même que, en géométrie, le raisonnement par l'absurde commence par supposer vraie une proposition A pour montrer que ces conséquences sont contradictoires avec ce à quoi on a consenti par ailleurs, et passer de là à la vérité de non-A, de même l'argumentation quasi logique par le ridicule la plus caractérisée, consistera à admettre momentanément une thèse opposée à celle que l'on veut défendre, à développer ses conséquences, à montrer leur incompatibilité avec ce à quoi l'on croit par ailleurs, et à prétendre passer de là à la vérité de la thèse que l'on soutient* »¹⁴⁸⁹. D'une manière plus ramassée, on nous dit que « *le ridicule est à l'argumentation, ce que l'absurde est à la démonstration : il fait ressortir une incompatibilité, et l'ironie est la figure qui condense cet argument par le rire* »¹⁴⁹⁰.

832. Ces deux définitions nous laissent insatisfaits. Elles semblent d'abord vouloir affirmer que l'absurdité ne se rencontrerait pas véritablement dans l'argumentation, mais seulement le ridicule. Franchement, une telle position nous paraît dépourvue de fondement. Certes, nul ne conteste que l'absurde puisse être ridicule, et nous aurons le temps de l'illustrer¹⁴⁹¹. Mais, à notre sens, l'absurdité dépasse le ridicule¹⁴⁹². Une argumentation par

¹⁴⁸⁹ Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, op. cit., § 49, p. 278.

¹⁴⁹⁰ O. REBOUL, *Introduction à la rhétorique*, op. cit., p. 175.

¹⁴⁹¹ Ainsi, cette réplique assassine de VOLTAIRE à Jean-Jacques ROUSSEAU. Ce dernier ayant écrit que « *tout est bien sortant des mains de l'Auteur des choses, tout dégénère entre les mains de l'homme* », Voltaire rétorque : « *On n'a jamais employé tant d'esprit à nous rendre bêtes : il prend envie de marcher à quatre pattes, quand on lit votre ouvrage* » (cité par B. BUFFON, *La parole persuasive*, op. cit., p. 159). Le retour à l'état de nature nous refait marcher à quatre pattes !

¹⁴⁹² En ce sens, v. N. BOBBIO, « Le bon législateur », in *Le raisonnement juridique*, Actes du congrès mondial de philosophie du droit et de philosophie sociale, op. cit., n° 4, 246 : « *Il n'est pas difficile de montrer qu'absurde est synonyme tour à tour de "inique" ou "injuste", d'"illogique" ou "juridiquement impossible" (cette seconde expression vaut pour non-conforme à une règle du système, elle équivaut donc à illogique), et de "non raisonnable" ».*

l'absurde peut également mettre en lumière des conséquences aboutissant à une « impossibilité » ou à des « *conséquences désastreuses* », pour reprendre une formule de l'Avocat général LAGRANGE¹⁴⁹³. Bref, la restriction de l'absurde au ridicule ne nous semble pas justifiée¹⁴⁹⁴.

833. Après réflexion, il nous paraît cependant exact de limiter l'argumentation par l'absurde aux seules réfutations d'une hypothèse destinées à faire admettre celle qui lui est opposée¹⁴⁹⁵. De fait, on ne voit pas très bien pour quelle raison un interprète s'appliquerait à dénoncer les conséquences d'une hypothèse, si ce n'était dans le but d'en établir une autre. Cette restriction à l'avantage de faire apparaître l'argumentation par l'absurde comme une espèce particulière d'argument pragmatique. En effet, dans la mesure où l'argument pragmatique se propose d'évaluer une hypothèse à partir de ses conséquences favorables ou défavorables, l'argumentation par l'absurde consiste à rejeter une hypothèse en raison de ses conséquences inacceptables. L'argumentation par l'absurde représente ainsi une expression spécifique, particulièrement forte, d'un argument pragmatique fondé sur des conséquences défavorables. Elle constitue donc, à nos yeux, un argument conséquentialiste et non pas de compatibilité.

834. Il reste que cette classification s'oppose à celle du *Traité de l'Argumentation*, d'après lequel l'absurdité ou le ridicule résulteraient d'une « *incompatibilité avec ce que l'on croit par ailleurs* » (nous soulignons)¹⁴⁹⁶. En ce sens, l'argumentation par l'absurde serait un argument de compatibilité¹⁴⁹⁷ ou de cohérence¹⁴⁹⁸. Cette idée que l'absurde fait ressortir une incompatibilité n'est guère contestable : ce qui est absurde est incompatible avec ce qui est

¹⁴⁹³ Sur ce point, v. *supra*, n° 822.

¹⁴⁹⁴ Il est d'ailleurs remarquable que PERELMAN ne reprend pas l'idée du ridicule en définissant la « *réduction à l'absurde* » dans sa *Logique juridique* (*op. cit.*, n° 33, 58). Sur ce point, v. *infra*, n° 837.

¹⁴⁹⁵ Les définitions de la doctrine juridique pourraient en faire douter, puisqu'elles négligent de préciser le fait que l'argumentation est un moyen de prouver indirectement une hypothèse en s'attaquant directement aux conséquences de l'hypothèse opposée. Sur ces définitions doctrinales, v. *infra*, n° 837.

¹⁴⁹⁶ Sur ce point, v. *supra*, n° 831.

¹⁴⁹⁷ Dans l'*Empire de la rhétorique*, PERELMAN traite du ridicule dans un point intitulé « *contradiction et incompatibilité* » (*op. cit.*, pp. 70-71). Adde, O. REBOUL, *Introduction à la rhétorique*, *op. cit.*, p. 174 ; B. BUFFON, *La parole persuasive*, *op. cit.*, pp. 155 et s.

¹⁴⁹⁸ De fait, selon nous, la cohérence est un aspect seulement de l'idée de compatibilité. Sur ce point, v. *supra*, n° 676 et s.

« raisonnable » ou « admissible ». Cependant, tous les arguments conséquentialistes, et non seulement l'argumentation par l'absurde, finissent toujours par établir que la conséquence est compatible ou incompatible avec ce que l'on croit par ailleurs. Lorsque, par exemple, un magistrat dénonce les « difficultés pratiques » qui résulteraient de l'admission d'une hypothèse juridique, il dit en même temps que cette conséquence est incompatible avec l'idée d'une bonne administration du droit qui postule une certaine simplicité. Autrement dit, nous ne pensons pas, contrairement au *Traité de l'argumentation*, que l'idée d'incompatibilité puisse être un critère déterminant de l'idée d'absurdité, puisqu'elle se trouve au terme de tout argument pragmatique tirant parti d'une conséquence défavorable.

835. Qu'est-ce qui fait alors l'absurdité, si le ridicule n'y suffit pas, ni l'incompatibilité ? À notre avis, il s'agit du caractère *manifestement* ou *évidemment* inacceptable de la *conséquence* d'une hypothèse. En ce sens, l'absurde n'est pas seulement le « ridicule », mais, par exemple encore, le « désastreux »¹⁴⁹⁹, le « très choquant »¹⁵⁰⁰, l'« impossible »¹⁵⁰¹ ou « l'illogique »¹⁵⁰². Aussi, finirons-nous par définir l'argumentation par l'absurde comme *une argumentation qui consiste à justifier une hypothèse par l'affirmation que l'hypothèse qui lui est opposée produirait des conséquences manifestement inadmissibles si elle était retenue.*

836. Cette définition est d'ailleurs corroborée par la doctrine juridique, sauf à remarquer que ces définitions n'insistent pas, à tort nous semble-t-il, sur le caractère indirect de l'argumentation par l'absurde. De fait, ainsi que nous venons de le préciser, l'argumentation prouve indirectement une hypothèse en dénonçant l'inacceptabilité des conséquences de l'hypothèse qui lui est opposée.

837. Les définitions juridiques de l'argumentation par l'absurde marquent bien le caractère conséquentialiste de l'argumentation par l'absurde, sans pour autant la réduire au « ridicule ». Elles ne sont pas, toutefois, exemptes de défauts. On nous dit, par exemple, que le raisonnement par l'absurde consiste « à faire apparaître l'inexactitude d'une solution par les

¹⁴⁹⁹ Pour un exemple, v. *supra*, n° 822.

¹⁵⁰⁰ Pour un exemple, v. *supra*, n° 819.

¹⁵⁰¹ Pour un exemple, v. *infra*, n° 840.

¹⁵⁰² Pour un développement de l'idée d'illogisme, v. *infra*, n° 841.

conséquences absurdes qui en résulteraient »¹⁵⁰³. Cette définition présente le désavantage de réintroduire dans la définition l'un des termes à définir, à savoir le mot « absurdité ». Ailleurs on lit que l'argumentation par l'absurde « *consistera à faire apparaître l'inexactitude d'une solution par les conséquences évidemment fausses qui résulteraient de son admission* »¹⁵⁰⁴. Mais il faut bien reconnaître que le problème du choix entre interprétations possibles du droit ne se pose pas en termes de vérité ou de fausseté. Une interprétation n'est ni vraie, ni fausse, mais raisonnable, acceptable, déraisonnable ou encore inacceptable. Il est particulièrement remarquable que PERELMAN lui-même ne reprend pas, dans sa *Logique juridique*, le « ridicule » comme élément de définition de l'argumentation par l'absurde. Il retient que la « *réduction à l'absurde* » ou l'« *argument apagogique* » est celui d'après lequel « *on suppose que le législateur est raisonnable, et qu'il n'aurait pas pu admettre une interprétation de la loi qui conduirait à des conséquences illogiques ou iniques* »¹⁵⁰⁵. Il n'est donc plus question de conséquences « ridicules », mais de conséquences « illogiques » ou « iniques ». Voilà qui nous convient mieux !

Passons aux illustrations.

b) L'illustration de l'argumentation par l'absurde

838. L'« histoire du forçat » nous procure un premier exemple parlant d'une argumentation par l'absurde passant par le *ridicule*. On s'en souvient¹⁵⁰⁶, cette « histoire », jugée par les chambres réunies de la Cour de cassation en 1862¹⁵⁰⁷, posait un problème d'interprétation de l'article 180, alinéa 2, du Code civil relatif à la nullité du mariage pour

¹⁵⁰³ J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, op. cit., p. 151 ; Adde, P. FABREGUETTES, *La logique judiciaire et l'art de juger*, op. cit., p. 391 : « *Il est pris de ce que la loi, interprétée autrement, serait absurde ou inconséquente* ».

¹⁵⁰⁴ J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Droit civil, Introduction générale*, op. cit., n° 61, p. 46.

¹⁵⁰⁵ Ch. PERELMAN, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, op. cit., n° 33, p. 58.

¹⁵⁰⁶ Sur cette « histoire », v. déjà *supra*, n° 188.

¹⁵⁰⁷ Ch. réunies, 24 avril 1862, *Berthon*, S. 1862.1.341, concl. DUPIN.

« *erreur dans la personne* »¹⁵⁰⁸. Que signifiait cette expression ? L'erreur dans la personne visait-elle exclusivement l'*erreur sur l'identité physique de la personne* ou bien englobe-t-elle également une éventuelle *erreur sur les qualités substantielles* (par exemple, l'erreur sur la noblesse d'une personne ou sa moralité, l'impuissance) ? Il se posait par conséquent un problème de choix entre deux interprétations possibles d'une même formule, l'une extensive, l'autre restrictive :

- *on entend par « erreur dans la personne », l'erreur portant sur la seule identité physique de la personne* (l'hypothèse d'interprétation restrictive) ;
- *on entend par « erreur dans la personne », l'erreur portant aussi bien sur l'identité physique de la personne que sur ces qualités substantielles* (l'hypothèse d'interprétation large).

839. Le Procureur général DUPIN réduit à néant cette hypothèse d'interprétation large en la ridiculisant¹⁵⁰⁹ :

Il faut, dit le pourvoi, considérer deux choses : la personne physique, et la personne civile¹⁵¹⁰. Celle-ci se compose de certains droits qui la constituent, qui sont de son essence ; et quand ces droits, dans ce qu'ils ont de substantiel, viennent à manquer, il y a véritablement là une personne civile autre que celle qu'on a entendu épouser ; et cette erreur doit annuler le mariage, comme si elle portait sur la personne physique elle-même : dans l'un comme dans l'autre cas, il n'y a pas d'identité.

Jusqu'ici, on avait pu croire que l'homme était un ; mais à présent on le dédouble ; on s'empare d'une moitié de lui-même pour faire le procès à l'autre [...].

Non, il n'y a pas deux personnes dans le même individu. Les qualités civiles, séparées de la personne physique, ne font pas une personne entière. Les qualités sont des abstractions, elles n'ont ni corps ni âme, elles n'ont pas de moi. Elles ne constituent pas un être à part, un second être. **Essayez de photographier la personne civile ! [...]**

¹⁵⁰⁸ Cet article disposait à l'époque de l'arrêt que « *lorsqu'il y a erreur dans la personne, le mariage ne peut être attaqué que par celui des époux qui a été induit en erreur* ».

¹⁵⁰⁹ DUPIN, *concl. préc.*, pp. 348-349.

¹⁵¹⁰ Pour être tout à fait clair, précisions que dans ce passage, l'hypothèse critiquée ne portait pas sur les qualités substantielles (physiques et civiles) en général, mais sur les « *qualités civiles substantielles* » du « forçat » qui eussent, en fait, été « *des droits civils essentiels à l'accomplissement de sa mission comme époux et comme père de famille* » (*ibid.*, p. 349). En l'occurrence, Berthon n'avait pas le droit d'exercer une fonction publique, d'être témoin en justice et d'être le tuteur des enfants d'autrui (v. *ibid.*, pp. 348-349).

Ainsi, d'après ce système, il faut le dire, un peu abstrait et assez difficile à démêler au premier aspect, vainement la personne physique est certaine ; n'est-ce donc pas celle-là que de fait on a épousée ? Non, c'est un sylphe qu'on a entendu épouser ; c'est une personne civile, avec telles et telles qualités civiles. Là où ces qualités manquent dans ce qu'elles ont d'essentiel, la personne n'est plus la même ; elle est amoindrie, mutilée ; **le mari en cet état, n'est plus apte à remplir sa mission de père et d'époux, c'est une sorte d'Abailard civil que l'on est en droit de répudier.** (nous soulignons)

840. Telles sont donc quelques unes des conséquences délicieusement ridicules auxquelles aboutit, selon le Procureur général DUPIN, l'hypothèse d'interprétation large de la notion d'« erreur dans la personne ». Un autre exemple, très parlant lui aussi, aura le mérite d'insister sur un autre aspect de l'absurdité, à savoir l'*impossibilité*. L'argument est tiré de « l'histoire de l'enfant né handicapé » et plus précisément de l'opinion du juge STEPHENSON rejetant l'hypothèse de l'action en *wrongful life* exercée par l'enfant à l'encontre du médecin et lui reprochant le fait de sa naissance handicapée. En résumé, nous dit le juge anglais, si cette hypothèse était admise elle aboutirait à une impossibilité d'évaluer les dommages et intérêts dus à l'enfant¹⁵¹¹ :

Les juges ont l'habitude d'attraper des chiffres en l'air (*to pluck figures from the air*) en transformant bien des impondérables en du sonnante et trébuchant (*pounds and pence*). La perte de la chance de vivre, par exemple, a été considérée si difficile à évaluer que les tribunaux ont été conduits à fixer un chiffre constant et arbitraire. [...] Mais, en mesurant la perte causée par une vie écourtée, les tribunaux s'occupent d'une chose, à savoir la vie humaine, dont ils ont quelque expérience ; ici la cour est appelée à traiter des conséquences de la mort pour le mort, une chose pour laquelle elle n'en a aucune. [...] Mesurer la perte d'une chance de mourir supposerait un jugement de valeur où un facteur crucial se situe en dehors de la portée de la connaissance humaine et ne pourrait seulement être rendu possible, et encore, en ayant recours aux croyances personnelles du juge qui aurait le malchance d'avoir à s'atteler à la tâche. **Si la difficulté à évaluer des dommages-intérêts est une mauvaise raison pour refuser la tâche, l'impossibilité de le faire en est une bonne** (nous soulignons).

841. Le caractère *illogique* d'une conséquence peut également être une source

¹⁵¹¹ STEPHENSON, Cour d'appel d'Angleterre, *McKAY and another v Essex Area Health Authority and another*, 19 févr. 1982, *The All England Law Reports*, 1982, p. 782, b-d.

d'absurdité, voire de ridicule. De fait, l'on peut dire qu'est absurde ou ridicule celui qui « pêche contre la logique »¹⁵¹². Cependant, cette référence à la logique doit être précisée. Dans une conception très large de la « logique », n'importe quelle hypothèse incompatible avec ce que l'on croit par ailleurs pourrait être qualifiée « illogique ». Or, nous n'avons pas une conception aussi large de l'illogisme qui finirait par absorber tous les arguments visant à réfuter une thèse. L'illogisme dont il est question ici consiste en ce que l'on peut appeler une « incompatibilité interne ». L'incompatibilité interne est un argument qui *consiste non pas à établir une incompatibilité entre une l'hypothèse et une autre affirmation, mais à mettre en évidence une incompatibilité entre les conséquences d'une hypothèse et le fait de son énonciation*¹⁵¹³. En somme, l'idée est que l'hypothèse « se mange elle-même » ou qu'elle « s'autodétruit »¹⁵¹⁴. Dans l'« histoire de l'enfant né handicapé » M. l'Avocat général SAINTE-ROSE utilise un tel raisonnement pour réfuter l'hypothèse de l'admission de l'action de vie préjudiciable. En même temps, il l'appuie sur l'autorité d'un auteur¹⁵¹⁵ :

Mme M.-A. Hermitte a montré la contradiction qu'il y a « à considérer que l'enfant handicapé puisse user de sa qualité de sujet de droit pour demander la réparation du dommage qui résulte du fait qu'il n'a pas été avorté par ses parents, ce qui l'aurait empêché de devenir sujet de droit ». En somme, l'enfant plaide ou on lui fait plaider qu'il n'aurait pas dû exister.

842. L'incompatibilité résulte ici du fait que la validité de l'hypothèse de l'admission de l'action en *wrongful life* aurait dû avoir pour conséquence l'avortement de l'enfant. Or, cette conséquence, si elle s'était réalisée, aurait empêché l'enfant de plaider pour l'admission de l'action. En ce sens, la conséquence de l'hypothèse est incompatible avec le fait de son énonciation.

¹⁵¹² Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, op. cit., § 49, p. 276.

¹⁵¹³ Le *Traité de l'argumentation* fait état d'un certain nombre d'incompatibilités spécifiques qu'il regroupe sous le terme générique d'« autophagie » et qu'il définit comme « l'incompatibilité [qui] n'oppose pas, l'une à l'autre, des règles différentes, mais une règle à des conséquences résultant du fait même qu'elle a été affirmée » (op. cit., § 48, p. 273). Il est vrai que cette définition, qui semble déjà varier quelques pages plus loin dans le *Traité de l'argumentation* lui-même (op. cit., § 48, p. 276), est partiellement modifiée dans *L'empire de la rhétorique* où PERELMAN parle d'une incompatibilité qui résulte « non du fait que deux autres règles différentes s'opposent, mais de ce que l'affirmation d'une règle est incompatible avec les conditions ou les conséquences de son assertion ou de son application » (op. cit., pp. 72-73).

¹⁵¹⁴ B. BUFFON, *La parole persuasive*, op. cit., p. 160.

¹⁵¹⁵ J. SAINTE-ROSE, *concl. préc.*, p. 2307, col. gauche.

En voilà assez du raisonnement par l'absurde. Passons à un autre type d'argument pragmatique que nous avons choisi d'appeler l'« expérience mentale ». Cela dit, les frontières entre les différents arguments ne sont pas étanches. Une expérience mentale pourra, par exemple, servir à établir une absurdité.

B. – L'EXPÉRIENCE MENTALE

843. Nous entendons par expérience mentale, l'argumentation qui *consiste à appliquer une hypothèse juridique à un ou plusieurs exemples, observés ou imaginaires, pour considérer la conséquence concrète qui en résulterait si l'hypothèse était retenue*. L'expérience mentale se présente donc comme une simulation du résultat de la décision à prendre, destinée à en éclairer les conséquences concrètes. Elle peut jouer dans deux directions, soit pour corroborer, soit pour réfuter une hypothèse¹⁵¹⁶.

844. L'« histoire du forçat »¹⁵¹⁷, relative à la nullité du mariage pour cause d'« erreur dans la personne » (art. 180 al. 2 C.civ.), nous procure, encore une fois, une illustration parlante de l'expérience mentale. Dans cette affaire, le choix, on le sait, était entre deux hypothèses d'interprétation, l'une restrictive, l'autre extensive. La première limitait l'erreur aux seules erreurs sur l'identité physique de la personne, tandis que la seconde voulait l'étendre aux erreurs sur les qualités essentielles. Les exemples choisis par le Procureur général DUPIN, pour réfuter l'hypothèse d'interprétation large, sont très hauts en couleurs¹⁵¹⁸ :

¹⁵¹⁶ Le *Traité de l'argumentation* fait état de l'« *expérimentation mentale* » (*op. cit.*, § 79, p. 487) en traitant de l'argument d'illustration. Or, l'argument d'illustration « *a pour rôle de renforcer l'adhésion à une règle connue et admise, en fournissant des cas particuliers qui éclairent l'énoncé général, montrent l'intérêt de celui-ci par la variété des applications possibles, augmentant sa présence dans la conscience* » (*ibid.*, p. 481). Toujours est-il qu'il limite l'expérimentation mentale à l'illustration par un « *cas particulier fictif* », qu'il oppose aux cas « *forgés par l'auteur* » (*ibid.*) et au « *cas observé* » (*ibid.*, p. 488). Mais outre le fait que nous n'arrivons pas très bien à percevoir la différence entre un cas fictif et un cas forgé, nous ne sommes pas d'accord avec ce traitement restrictif de l'idée d'expérience mentale. A notre sens, chaque fois qu'un magistrat tente de justifier ce qui se passerait s'il appliquait telle ou telle interprétation possible à un cas particulier, il se livre à une expérience mentale. Et peu importe alors, selon nous, que ce cas particulier soit le cas qui lui est soumis ou un cas imaginaire.

¹⁵¹⁷ Ch. réunies, 24 avril 1862, *Berthon*, S. 1962.1.341, concl. DUPIN. Pour l'exposé du détail de « l'histoire », v. *supra*, n° 188.

¹⁵¹⁸ DUPIN, *concl. préc.*, pp. 353-354.

Signalons diverses hypothèses¹⁵¹⁹ dans lesquelles, si l'on abandonnait le texte de loi [c'est-à-dire l'hypothèse d'interprétation restrictive] [...], il serait bien difficile de ne pas accueillir les demandes en nullité de l'époux qui prétendrait avoir été déçu ou induit en erreur. **On a compté sur une immense dot**, et on se trouve en face d'une banqueroute imminente ou déjà déclarée, avec les incapacités qu'y attache le Code de commerce : honte et ruine tout à la fois ! L'époux n'a-t-il pas été indignement trompé ? **Une jeune fille a cru qu'elle épousait un grand nom**, qu'elle serait marquise ou comtesse ; déjà ses gens lui en donnaient le titre ; mais le procureur impérial, en vertu de l'art. 259 Cod. pé., fait juger que ce titre est usurpé et fait rectifier l'acte d'état civil du mari, qui s'appellera désormais Gros-Jean comme devant. Quel mécompte pour l'orgueil ! quelle mortification pour l'amour propre ! N'y aurait-il aucun remède ? **J'ai cru épouser une fille légitime, c'est une bâtarde** ; elle ne sera pas héritière ! elle n'aura qu'une part très-réduite ! Quelle déconvenue ! (nous soulignons) [...]

Un fait bien grave ! L'épouse est catholique, elle a été élevée dans un couvent ; **son futur a feint d'être catholique** comme elle, et en réalité il était juif ou mahométan !... Elle a ignoré ce fait ; se peut-il une plus grande déception ? Mais pour en faire un moyen de nullité du mariage, il faudra chercher un texte qui le dise ; il n'y en a pas, et vous vous trouverez en face du principe de la liberté des cultes, qui a fait cesser l'ancien empêchement qu'on faisait résulter de leur disparité. Prétendra-t-on dans ce cas que l'erreur sur le culte équivaut à une erreur sur la personne ? Et, **la dégradation militaire...** (nous soulignons)

845. Tous ces cas d'espèce, imaginaires, quelque peu extravagants, mais plausibles tout de même, devraient aboutir, si l'hypothèse d'interprétation large était retenue, à la nullité du mariage. Or, cette conséquence – et c'est par là que l'on est susceptible de retomber dans une argumentation par l'absurde –, paraît, du moins au Procureur DUPIN, (manifestement) inadmissible.

846. Un autre bel exemple d'expérience mentale nous est fourni par le célèbre arrêt britannique *Donoghue v. Stevenson* que nous avons recensé par l'appellation « histoire de l'escargot »¹⁵²⁰. Rappelons que cette histoire posait la question de l'existence ou non dans la

¹⁵¹⁹ Le terme « hypothèse » est ici employé au sens de « cas de figures », d'« exemple ».

¹⁵²⁰ House of Lords, *Donoghue (or McAlister) v Stevenson*, 26 mai 1932, *The All England Law Reports*, 1932.562. Pour plus de détails sur cette histoire, v. *supra*, n° 629.

common law d'un principe général de responsabilité pour négligence. En effet, Miss Donoghue s'était rendue malade en buvant le contenu d'une bouteille de bière au gingembre laquelle recelait, outre de la bière, les restes d'un escargot en état de décomposition. Cependant, la demanderesse n'avait pas d'action contractuelle contre le vendeur, puisque la bouteille lui avait été offerte par un ami, en sorte qu'elle ne l'avait pas achetée elle-même. *A fortiori*, n'avait-elle d'action contractuelle à l'encontre du fabricant. D'où la question de savoir, s'il existait ou non dans la *common law* une obligation générale de prudence fondant une action en responsabilité, non plus contractuelle, mais délictuelle.

847. Lord ATKIN, défendant l'hypothèse de l'obligation générale de prudence (*duty of care*), imagina un certain nombre de cas d'espèce, dans lesquels l'absence d'une telle obligation générale eût abouti à des conséquences concrètes qui lui paraissaient inacceptables¹⁵²¹ :

Il y a d'autres exemples que ceux de produits de nourriture et de boisson, où des biens sont prévus pour être utilisés immédiatement par le consommateur, tels que de nombreux types de biens vendus à des fins de nettoyage, où la même responsabilité doit exister. La doctrine confirmée par la décision ci-dessous ne refuserait non seulement un recours au consommateur blessé en consommant de la **bière en bouteille** ou du **chocolat empoisonnés** par la négligence du fabricant, mais aussi à l'utilisateur de **spécialités pharmaceutiques anodines**, une **pommade**, un **savon**, un **liquide nettoyant** ou une **poudre à laver** (nous soulignons). Je me limite aux produits ménagers usuels, où tout le monde, y compris le fabricant, sait que les produits vont être utilisés par d'autres personnes que l'acquéreur ultime effectif – à savoir, par des membres de sa famille, ses domestiques, et dans certains cas ses invités. Je ne pense pas si mal de notre théorie générale du droit que de supposer que ses principes sont tellement éloignés des besoins ordinaires d'une société civilisée et des exigences ordinaires qu'elle impose à ses membres, qu'elle refuserait un recours légal là où il y a si évidemment un mal social.

848. Dans le même arrêt, Lord MACMILLAN nous livre une autre expérience mentale pour écarter l'hypothèse de l'inexistence d'une obligation générale de prudence¹⁵²² :

¹⁵²¹ *Ibid.*, p. 583.

¹⁵²² *Ibid.*, pp. 620-621.

Imaginez **qu'un boulanger, par sa négligence, permette à une grande quantité d'arsenic d'être mélangée à une fournée de son pain**, avec pour résultat que ceux qui ultérieurement le mangent sont empoisonnés ; lui permettrait-on de soutenir qu'il ne devait aucune obligation aux consommateurs de son pain de prendre soin que ce dernier se trouvait libre de tout poison, et, comme il ne savait pas qu'un poison s'y était introduit, que sa propre responsabilité résultait du non respect de la garantie résultant de son contrat de vente à l'égard de ceux qui lui ont effectivement acheté le pain empoisonné (nous soulignons) ? [...] Pourtant le principe de la décision attaquée est que le fabricant de produits alimentaires proposés par lui à la consommation humaine ne doit pas aux consommateurs qu'il a en vue la moindre obligation de prudence, même pas l'obligation de prendre soin de ne pas les empoisonner.

Passons à un autre type d'argument conséquentialiste.

C. – L'ARGUMENT DE DIRECTION

849. L'argument de direction est habituellement défini comme celui qui « *consiste à critiquer une action au nom de la direction qu'elle prend* »¹⁵²³. Plus précisément, « *il affirme qu'il n'y aura pas moyen de s'arrêter, que la première décision nous entraîne sur une pente fatale* »¹⁵²⁴. L'argument de direction s'oppose donc au franchissement d'une première étape au motif que cette décision « *ne permettra plus de s'arrêter en chemin* »¹⁵²⁵, et conduira vers un résultat, vers une « *fin dont on ne veut pas* »¹⁵²⁶. C'est la raison pour laquelle il est également appelé l'argument de la « *pente savonneuse* » ou « *du doigt dans l'engrenage* »¹⁵²⁷. En somme, il dénonce le caractère incontrôlable des conséquences qui pourraient résulter d'un choix déterminé.

850. Selon nous, quoiqu'en disent certains, l'une des variantes de cet argument

¹⁵²³ B. BUFFON, *La parole persuasive, op. cit.*, p. 183.

¹⁵²⁴ *Ibid.*, p. 186.

¹⁵²⁵ Ch. PERELMAN, *L'empire de la rhétorique, op. cit.*, 102.

¹⁵²⁶ O. REBOUL, *Introduction à la rhétorique, op. cit.*, p. 179.

¹⁵²⁷ Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation, op. cit.*, § 66, p. 382.

exprime la « crainte du précédent »¹⁵²⁸ qui dénonce le danger de la généralisation d'une solution, qui serait peut-être acceptable si elle restait exceptionnelle¹⁵²⁹, et le risque de la multiplication des recours en justice par voie d'analogie. En conclusion, nous définissons l'argument de direction comme celui qui *consiste à réfuter une hypothèse au motif qu'elle conduit à des conséquences incontrôlables*.

851. Dans « l'histoire de l'escargot », Lord BUCKMASTER se sert d'un argument de direction exemplaire pour réfuter l'hypothèse de l'admission d'une obligation générale de prudence dans la *common law*¹⁵³⁰ :

[L] obligation, si elle existe, doit être étendue à toute personne qui, conformément à la loi, utilise l'article fabriqué. Il ne peut y avoir d'obligation spéciale attachée à la fabrication d'aliments sauf celle impliquée par un contrat ou par la loi. Si une telle obligation existe, il me semble qu'elle doit couvrir la fabrication de tout objet, et je ne vois aucune raison pourquoi elle ne serait pas appliquée à la construction d'une maison. **Si un seul pas est franchi, pourquoi pas cinquante** (*If one step, why not fifty*) (nous soulignons) ? Cependant, si une maison est, comme cela arrive quelque fois, construite négligemment, et si en conséquence de cette négligence le plafond s'écroule et blesse l'occupant ou quelqu'un d'autre, il n'existe aucune action selon le droit anglais, bien que je pense qu'un tel droit existait selon les lois de Babylone.

852. Dans « l'histoire du forçat »¹⁵³¹, le Procureur général DUPIN, d'une manière

¹⁵²⁸ Le *Traité de l'argumentation* distingue l'argument de direction et l'argument du précédent. Certes, il y aurait ressemblance entre ces deux arguments, car tous deux « s'oppose[nt] à une action par crainte de sa répercussion sur d'autres actions dans l'avenir » (*op. cit.*, § 66, p. 380). Cependant, il existerait une différence entre ces arguments, puisque « l'appréhension du précédent concerne d'autres actions de même espèce » (*ibid.*), alors que l'argument de direction « évoque des actions qui, quoique différentes de l'action en cause, entraîneront un changement dans le même sens » (*ibid.*, p. 381). Toujours est-il, qu'il existerait, par ailleurs, encore d'autres cas qui se situeraient « entre l'appréhension du précédent et l'argumentation de direction » (*ibid.*). Franchement, cette distinction nous paraît très compliquée et inutile. D'ailleurs, le *Traité de l'argumentation* ne fournit pas d'exemple pour l'illustrer. Un autre auteur reprend la distinction, mais sur un autre critère, dont il ne justifie nullement l'utilisation (O. REBOUL, *Introduction à la rhétorique*, *op. cit.*, p. 179 : « Le précédent fonde un droit, alors que la direction prévoit un fait »). PERELMAN, dans *L'Empire de la rhétorique*, n'oppose plus l'argument de la direction à la crainte du précédent (*op. cit.*, p. 102), et l'opposition n'est pas non plus retenue par un auteur comme M. BUFFON qui « assimile » l'argument du précédent à l'argument de direction (*La parole persuasive*, *op. cit.*, p. 186).

¹⁵²⁹ C'est PERELMAN qui a mis en évidence cette idée du danger de la « généralisation » d'une « solution bienvenue si elle était exceptionnelle » (*L'empire de la rhétorique*, *op. cit.*, p. 102).

¹⁵³⁰ BUCKMASTER, House of Lords, *Donoghue (or McAlister) v Stevenson*, 26 mai 1932, *arrêt préc.*, p. 577.

¹⁵³¹ Ch. réunies, 24 avril 1862, *Berthon*, S. 1962.1.341, concl. DUPIN. Pour l'exposé du détail de « l'histoire », v. *supra*, n° 188.

tout à fait comparable, s'appliquait à dénoncer les conséquences de l'hypothèse d'interprétation large de la notion d'erreur dans la personne¹⁵³² :

Si l'on prend pour critérium de la validité des mariages cette considération : « Ah ! si j'avais su cela, je n'aurais pas épousé ! » - le caprice n'en doutez pas, prendrait la place du droit ; et la multiplicité des demandes en nullité, croissant avec la facilité de les admettre, rendrait presque illusoire la suppression du divorce. Ne serait-ce pas ébranler le caractère d'indissolubilité du mariage ? **Chaque ouverture, chaque nouveau moyen de nullité, accueilli dans des circonstances qu'on aurait jugées favorables, éveillerait une foule de prétentions analogues.** Chacun au gré de ses désirs, dirait, avec l'habile avocat de l'affaire que j'ai rappelée : « Faisons un pas de plus dans ce sentier difficile..... ». **C'est une brèche que l'on tenterait incessamment d'élargir**, et par là les tentatives les plus téméraires se trouveraient encouragées. On n'y songe pas assez quand on donne de certains exemples et qu'on rend de certains arrêts : *Omnia mala exempla ex bonis initiis orta...* (nous soulignons)

Un peu plus tôt, le Procureur général s'était semblablement écrié¹⁵³³ :

Vous voyez, messieurs, où tout cela conduit !

À côté de l'argument de direction, les magistrats invoquent souvent encore un autre type de conséquences.

D. – L'ARGUMENT DE LA PRATICABILITÉ ET DU RISQUE

853. Cet argument n'est pas, en tant que tel, répertorié par les ouvrages de rhétorique. Il *consiste à justifier une hypothèse en insistant sur la simplicité de sa mise en œuvre et la sécurité juridique qu'elle procure ou bien à réfuter cette hypothèse en relevant les difficultés ou les incertitudes qui en résulteraient si elle était retenue.* En voici un exemple

¹⁵³² DUPIN, *concl. préc.*, p. 354-355.

¹⁵³³ *Ibid.*, p. 353.

tiré de l'« histoire des actions directes »¹⁵³⁴ et plus exactement de « l'histoire du plombier »¹⁵³⁵. En l'espèce, le problème juridique à trancher portait sur la nature contractuelle ou délictuelle de l'action en responsabilité exercée par un maître de l'ouvrage, le propriétaire d'une maison, contre un sous-traitant, qui avait effectué des travaux de plomberie défectueux. Par définition, le maître de l'ouvrage et le sous-traitant ne sont pas des co-contractants directs, mais des *contractants extrêmes*, puisque le maître de l'ouvrage a conclu un contrat avec un entrepreneur (principal) qui a conclu, à son tour, un autre contrat avec le sous-traitant. Il ne reste pas moins vrai que le maître de l'ouvrage, comme tout membre d'un « groupe de contrat », peut être la victime de la mauvaise exécution d'un contrat (de sous-traitance), auquel il n'a, certes, pas consenti, mais avec lequel il entretient pourtant un lien. La question de la nature délictuelle ou contractuelle de l'action en responsabilité exercée directement entre contractants extrêmes implique un choix entre deux interprétations possibles de la notion de « partie »¹⁵³⁶ au contrat, l'une restrictive, l'autre extensive. Elles peuvent être formulées comme suit :

- *l'on entend par « partie » au contrat, les seules personnes ayant effectivement consenties au contrat* (hypothèse d'interprétation restrictive) ;
- *l'on étend le terme « partie » à tout membre d'un groupe de contrat* (l'hypothèse d'interprétation extensive).

854. Dans le passage qui suit, l'Avocat général MOURIER dénonce les risques qu'une interprétation extensive aurait pour conséquence¹⁵³⁷ :

L'extension n'ouvrirait-elle pas, pour des années, **une période d'incertitudes** au cours de laquelle la jurisprudence devra tirer les conséquences d'une doctrine dont il est **difficile de mesurer exactement les répercussions** (nous soulignons). Les auteurs ont généralement analysé les chaînes courtes, les plus simples ; mais a-t-on tiré de la théorie contractuelle toutes les conclusions que la pratique peut suggérer dans l'hypothèse de

¹⁵³⁴ Pour un exposé du détail de ces affaires, v. *supra*, n° 723 et 738.

¹⁵³⁵ Ass. plén., 12 juillet 1991, *Besse*, *GACIV* N° 171-174, *RJDA* 1991.583, concl. R. MOURIER, rapp. P. LECLERCQ.

¹⁵³⁶ L'article 1165 du Code civil dispose que « *les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; [...]* » (nous soulignons).

¹⁵³⁷ R. MOURIER, *concl. préc.*, p. 590, col. gauche.

chaînes longues, circulaires, complexes ? A-t-on même imaginé toutes les chaînes qui pourraient se présenter ?

A-t-on apprécié les conséquences d'une orientation contractuelle de la jurisprudence et de son effet nécessairement rétroactif, sur le système de l'assurance ? [...]

Je crains que l'orientation contractuelle ne suscite de **perturbations économiques et juridiques** pour un temps qui paraîtra bien long lorsque de nombreux pourvois demanderont à la Cour de dessiner les contours de la jurisprudence (nous soulignons).

855. Ces incertitudes de l'hypothèse extensive contrastent avec la simplicité et la sécurité de l'hypothèse d'interprétation restrictive de la notion de « partie » au contrat. À celle-ci correspond la reconnaissance de la nature délictuelle de l'action en responsabilité exercée, par exemple, par le maître de l'ouvrage contre le sous-traitant¹⁵³⁸ :

En l'état de notre droit, la voie délictuelle à au moins le **mérite de la simplicité** et de la légalité dont nous sommes les gardiens (nous soulignons). **Éprouvée par la pratique** du contentieux judiciaire, elle assure la réparation des dommages dans des **conditions techniquement maîtrisées** et conformes aux dispositions légales (nous soulignons).

856. Un autre argument du risque et de la praticabilité¹⁵³⁹ nous est fourni par l'arrêt *Bellinger v Bellinger* qui correspond à l'une des décisions dans notre « histoire du transsexualisme »¹⁵⁴⁰. Cet arrêt posait un problème d'interprétation extensive ou étroite des mots « homme » ou « femme » au sens du *Matrimonial Causes Act 1973* disposant que le mariage est nul à moins que les parties soient « *respectivement un homme et une femme* »¹⁵⁴¹. La question était ainsi de savoir si les termes « femme » ou « homme », figurant dans cette loi

¹⁵³⁸ *Ibid.*

¹⁵³⁹ Sans entrer dans le détail de l'affaire, nous nous permettons simplement de citer cette phrase de M. le Conseiller LE DAUPHIN dénonçant une hypothèse d'interprétation large de la notion de connexité des dettes : « *admettre que les créances de nature différente n'en sont pas moins unies par un lien de connexité, en rendant plus flou le contenu de cette notion, ne pourra que compliquer le contrôle de la Cour de cassation sur son utilisation par les juges du fond* » (H. LE DAUPHIN, rapport, p. 503, col. gauche, Com., 14 mai 1996, *Société Rolex*, D. 1996.502).

¹⁵⁴⁰ House of Lords, 10 avril 2003, *Bellinger v Bellinger*, *The All England Law Reports*, 2003, t. 2, p. 593; l'on trouvera également cet arrêt sur le site <http://www.publications.parliament.uk>. Pour l'exposé du détail de cette « histoire », v. *supra*, n° 502.

¹⁵⁴¹ Pour ce texte, v. Lord HOBHOUSE OF WOODBOROUGH, *arrêt préc.*, n° 72.

étaient suffisamment larges pour contenir des hommes transsexuels devenus femme et vice versa. Le choix était donc entre une hypothèse d'interprétation large et une hypothèse d'interprétation restrictive.

857. Pour rejeter l'hypothèse d'interprétation large, Lord HOPE of CRAIGHEAD déclara, par exemple, ceci¹⁵⁴² :

Toute tentative d'étendre sa signification [du mot « mâle »] **conduirait nécessairement à des difficultés**, comme il n'y a pas de critère unique et consensuel permettant de déterminer si oui ou non une personne est suffisamment « mâle » dans le but de contracter valablement mariage » (ibid., n° 62).

858. Il est intéressant d'ajouter à cet exemple, cet argument provenant de la plume de l'Avocat général JÉOL dans la décision française de l' « histoire du transsexualisme »¹⁵⁴³. Pour faire bref, l'Avocat général cherchait à répondre au problème de la compétence des juges de la Cour de cassation pour autoriser les transsexuels de changer la mention de leur sexe sur leur acte de naissance. En d'autres mots, l'Avocat général mettait à l'épreuve une hypothèse de compétence prétorienne pour résoudre un problème de droit : les magistrats de la Cour de cassation sont-ils compétents ou non pour autoriser ce changement ou bien cette compétence relève-t-elle du législateur? M. JÉOL retient l'hypothèse de la compétence judiciaire dans un passage que nous avons déjà eu l'occasion de citer¹⁵⁴⁴ :

Il ne me semble pas davantage souhaitable de renvoyer un dossier aussi complexe, aussi mouvant et aussi sensible que celui du transsexualisme au législateur. Comme le montre l'expérience des pays européens – en particulier l'Italie – qui ont élaboré une loi, **le Parlement risquerait d'être débordé par l'ampleur et le caractère ontologique, sinon passionnel, des questions soulevées** ; ses réponses seraient remises en cause par le progrès de la science et le mouvement des idées ; [...].

859. En l'occurrence, nous dit l'Avocat général, l'hypothèse de la compétence législative doit être rejetée, parce que le législateur risque de ne pas être à la hauteur du

¹⁵⁴² Lord HOPE OF CRAIGHEAD, *ibid.*, n° 62.

¹⁵⁴³ Ass. plén., 11 décembre 1992 (deux arrêts), *René X, Marc X*, *J.C.P.* 1993.II.21991, concl. M. JÉOL. Pour plus de détails sur cette « histoire », v. *supra*, n° 502 et 505.

¹⁵⁴⁴ M. JÉOL, *concl. préc.*, p. 44, col. gauche. Ce passage a déjà été cité *supra*, n° 506.

problème posé. La solution qu'il serait susceptible d'adopter aboutirait à des difficultés de mise en œuvre puisqu'elle serait rapidement dépassée par les progrès scientifiques. Mieux vaut donc retenir l'hypothèse de la compétence prétorienne. Rappelons que dans cette affaire, Lord NICHOLLS of BIRKENHEAD avait retenu l'hypothèse inverse en arguant de ce que « *ces problèmes (issues) sont tous mal adaptés pour être résolus par des cours et des procédures juridictionnelles. Ils relèvent de manière prééminente du Parlement [...]* »¹⁵⁴⁵.

860. Nous arrêtons ici notre analyse des différents types de conséquences susceptibles d'être invoquées par un magistrat dans sa discussion d'une hypothèse juridique. Qu'il nous suffise dès lors de rappeler simplement que cette présentation ne prétend nullement à la complétude, mais simplement à illustrer un certain type de raisonnement : le raisonnement conséquentialiste. Sans doute peut-on repérer d'autres catégories de conséquences susceptibles de constituer autant de types d'arguments¹⁵⁴⁶. Cependant, nous ne pensons pas que la multiplication des catégories et des illustrations puisse encore utilement servir notre propos. Celui-ci cherchait simplement à établir que les magistrats sont

¹⁵⁴⁵ Pour l'intégralité de ce passage, v. supra, n° 505.

¹⁵⁴⁶ Nous pensons, par exemple, à *l'argument de l'effet pervers* qui consiste à critiquer une hypothèse « *au motif qu'elle aura des effets inverses au but recherché, qu'elle aggravera la situation qu'elle cherche à corriger* » (B. BUFFON, *La parole persuasive, op. cit.*, p. 340). On trouvera une illustration de cet argument dans les conclusions de M. l'Avocat général SAINTE-ROSE au sujet de l'hypothèse de l'admission de l'action de vie préjudiciable : « *il est, en tous cas, remarquable que l'esprit de générosité, le souci compassionnel – ou l'égoïsme ? – qui sous-tendent la reconnaissance de l'action de vie préjudiciable ont pour effet de conférer un rôle 'normalisateur à l'avortement', rejoignant ainsi les conceptions doctrinales de sinistre mémoire auxquelles faisait allusion Mme V. Péresse en mentionnant "les vies qui ne valent pas la peine d'être vécues", donc dépourvues de qualité* » (concl. préc., p. 2308, col. gauche). L'objectif de générosité poursuivi par l'action de vie préjudiciable au travers une indemnisation à l'égard de l'enfant handicapé, se transforme, d'après l'Avocat général, en un avortement systématique des enfants susceptibles de naître handicapé.

Un autre argument que nous avons pu recenser lors de l'étude des conséquences d'une hypothèse, est *l'argument de l'accueil de la décision*. Cet argument, qui n'est pas répertorié dans les ouvrages de rhétorique, tire parti de l'accueil probable de la décision si telle ou telle hypothèse était retenue. M. l'Avocat général JÉOL fait, par exemple, usage de cet argument pour réfuter l'hypothèse de l'incompétence de la Cour de cassation pour autoriser les transsexuels à changer d'état civil : « *Je ne suis pas, pour ma part, favorable au rejet des pourvois, quelle qu'en soit la formulation. Outre qu'elle serait sans doute ressentie comme une dérobade de la Cour de cassation devant une question qu'elle n'est pas parvenue à maîtriser jusqu'ici, cette solution ne me paraît, en effet, ni nécessaire ni souhaitable* » (nous soulignons) (concl. préc., p. 43, col. droite).

Enfin, nous pensons encore à un autre argument conséquentialiste que nous appelons *l'argument de l'évitement de certaines conséquences défavorables*. Au lieu que d'affirmer que telle ou telle hypothèse produit telle ou telle conséquences, l'argumentation pragmatique insistera parfois aussi sur le fait que telle hypothèse permet d'éviter telle conséquence défavorable. Les conclusions de M. JÉOL nous permettront encore une fois d'illustrer. Plutôt que de prendre parti sur la *réalité* du changement de sexe des transsexuels, l'Avocat général préconise de prendre en considération l'*apparence* de ce changement, comme fondement du changement des actes d'état civil : « *Il [ce fondement juridique] présente également l'intérêt de ne pas trancher, sans nécessité, la question quasi métaphysique de savoir si le transsexuel a réellement "changé de sexe" [...]* » (nous soulignons) (concl. préc., p. 45, col. gauche).

susceptibles de mettre leurs hypothèses à l'épreuve d'un test conséquentialiste qui se sert d'arguments pragmatiques, dont on peut recenser certaines espèces.

Cette démonstration nous oblige, toutefois, à nous tourner vers un certain nombre de complications dont l'argument pragmatique et donc le test conséquentialiste peuvent faire l'objet.

SECTION II

LES COMPLICATIONS DE L'ARGUMENT PRAGMATIQUE

861. Les complications de l'argument pragmatique résultent de deux sortes de difficultés. Il s'avère d'abord que les conséquences tirées d'une hypothèse par un argument pragmatique sont incertaines (§ I). De fait, leur anticipation est un pari sur l'avenir et donc, en tant que tel, elle est aléatoire. Ensuite, une fois les conséquences énoncées, il se pose le problème de leur évaluation qui s'avère également incertaine (§ II).

A. – L'INCERTITUDE DES CONSÉQUENCES INVOQUÉES

862. Une première difficulté inhérente aux arguments conséquentialistes résulte de l'incertitude affectant la réalité même de la survenance de la conséquence anticipée. Est-on vraiment sûr que telle conséquence annoncée va se produire si l'hypothèse est retenue ? Un désaccord sur la survenance ou non d'une conséquence est parfaitement imaginable. En voici un exemple tiré de « l'histoire de l'enfant né handicapé »¹⁵⁴⁷. Pour réfuter l'hypothèse de l'admission de l'action de vie préjudiciable, M. l'Avocat général SAINTE-ROSE avait annoncé, notamment, la conséquence suivante¹⁵⁴⁸ :

L'autre conséquence prévisible de l'obligation de garantie mise à la charge des praticiens [cette obligation de garantie étant déjà une conséquence de l'action en

¹⁵⁴⁷ Pour l'exposé du détail de « l'histoire », v. *supra*, n° 629.

¹⁵⁴⁸ J. SAINTE-ROSE, *concl. préc.*, p. 2308, col. gauche.

wrongful life] sera de les inciter, devant le plus léger doute, à préconiser l'avortement qui ne suscite aucune action. [...]

La multiplication des tests de dépistage liée à la découverte de nouveaux gènes qui va accroître les risques d'erreur et de dommage ne manquera pas de renforcer cet **eugénisme de précaution** (nous soulignons).

863. La réplique du Conseiller rapporteur, M. SARGOS, dont l'opinion sera finalement suivie par la Cour de cassation, est cinglante¹⁵⁴⁹ :

On a vu qu'était évoqué l'eugénisme qu'impliquerait l'acceptation de l'idée d'indemniser l'enfant de son handicap endogène. Pareil argument paraît difficilement acceptable.

Il repose, d'abord, sur une certaine **démagogie**, d'autant plus discutable qu'une telle appréciation est de nature à **blessar des femmes** en situation de détresse. L'eugénisme implique une dimension collective, nécessairement criminelle, alors que la loi du 17 janvier 1975 [relative à l'interruption volontaire de grossesse] est pour la femme une loi de responsabilité et ce que l'on serait tenté d'appeler une "loi d'épouvantable solitude" – malgré le dispositif d'assistance qu'elle prévoit – qui la laisse en définitive désespérément seule face à un choix difficile entre tous. **Parler d'eugénisme relève d'avantage de l'insulte et du mépris de la liberté de la femme que d'un argument et traduit souvent le refus d'accepter le principe même de la liberté** [de recourir à une IVG] **que leur reconnaît la loi**. Oser laisser entendre à propos du drame douloureux entre tous qui a frappé Mme X que son attitude participerait d'un processus d'eugénisme est [...] **révoltant**. (nous soulignons)

864. Cette opposition radicale entre l'Avocat général et le Conseiller rapporteur permet d'illustrer avec éclat l'incertitude liée à la survenance d'une conséquence d'une hypothèse. La conséquence tirée par l'un de l'hypothèse d'admission de l'action de vie préjudiciable est qualifiée par l'autre de « démagogique », « blessante », « révoltante », « insultante » et de « méprisante ». C'est que pour M. le Conseiller rapporteur SARGOS cette conséquence ne saurait se produire. Elle s'avérerait incompatible¹⁵⁵⁰ avec la loi du 17 janvier

¹⁵⁴⁹ P. SARGOS, *rapp. préc.*, n° 45, p. 2301.

¹⁵⁵⁰ Sur le « test de compatibilité », v. *infra*, n° 670 et s.

1975 reconnaissant la liberté de la femme de recourir à une interruption volontaire de grossesse. Or, cette loi « *n'impose jamais le recours à une IVG* »¹⁵⁵¹. De plus, cette conséquence serait incompatible avec le réel, puisque les statistiques établissent un « *faible nombre d'IVG pratiquées chaque année pour motif thérapeutique* »¹⁵⁵².

865. Une seconde difficulté liée au test conséquentialiste vient du fait que rien ne garantit que le magistrat parvienne effectivement à penser l'intégralité des conséquences d'une hypothèse¹⁵⁵³. À la vérité, pour ce faire, il faudrait qu'il fût un devin. Imaginer toutes les conséquences d'une hypothèse reviendrait notamment à imaginer tous les cas d'espèce possibles qui pourraient, à l'avenir, tomber sous son champ d'application. Or, le juge ne saurait ici prétendre à plus de perfection que le législateur lui-même auquel, on le sait depuis longtemps, il n'est pas donné de tout prévoir¹⁵⁵⁴. La seconde complication de l'argument pragmatique résulte ainsi de la difficulté, voire de l'impossibilité, d'anticiper l'intégralité des conséquences d'une hypothèse.

866. Une troisième complication tient de ce qu'une même hypothèse peut aboutir à des conséquences divergentes, les unes favorables, les autres défavorables. ARISTOTE l'avait déjà remarqué dans cet exemple¹⁵⁵⁵ :

L'éducation expose à l'envie, ce qui est un mal, et rend savant, ce qui est un bien.

867. De cette pluralité de conséquences divergentes, découle une complication supplémentaire de l'argument pragmatique. Celui-ci permet de choisir entre conséquences et ainsi d'en occulter certaines pour en préférer d'autres en faveur d'un parti pris¹⁵⁵⁶. L'argument pragmatique peut donc être tendancieux. Il peut orienter la prise de décision, ce

¹⁵⁵¹ *Ibid.*, n° 45, p. 2301 et n° 25, p. 2297.

¹⁵⁵² *Ibid.*, n° 45, p. 2301 et n° 21, p. 2295.

¹⁵⁵³ En ce sens, v. Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, *op. cit.*, § 62, p. 362 : « *il est vraiment très difficile de réunir en un faisceau toutes les conséquences d'un événement* ».

¹⁵⁵⁴ Sur le problème des lacunes de la loi, v. *supra*, n° 344 et s.

¹⁵⁵⁵ ARISTOTE, *Rhétorique*, II, chap. 23, XIII, 1399 a, cité par Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, *op. cit.*, § 62, p. 362.

¹⁵⁵⁶ En ce sens, v. Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, *op. cit.*, § 62, p. 362 ; O. REBOUL, *Introduction à la rhétorique*, *op. cit.*, p. 179.

dont avait déjà prévenu QUINTILIEN¹⁵⁵⁷ :

En remontant ainsi de cause en cause et en les choisissant, on peut arriver où l'on veut.

868. Il résulte de toutes ces complications que l'argument pragmatique ne représente nullement un critère de décision incontestable. Comme tout autre argument il possède un poids plus ou moins fort ou faible et se trouve concurrencé par d'autres types arguments.

B. – L'INCERTITUDE DE L'ÉVALUATION DES CONSÉQUENCES INVOQUÉES

869. Avant d'indiquer les raisons qui expliquent cette incertitude liée à l'évaluation des conséquences invoquées par les magistrats, il s'avère utile de fournir quelques précisions. Rappelons d'abord cette idée essentielle que le juge argumente pour justifier le choix d'une solution au détriment d'une autre solution possible. S'il invoque alors des conséquences que pourrait produire telle hypothèse si elle était retenue, il le fait toujours dans le but d'en établir la supériorité ou l'infériorité par rapport à une hypothèse alternative. Le test conséquentialiste se termine donc nécessairement par un jugement de valeur; il aboutit à exprimer une préférence¹⁵⁵⁸.

870. Au cours de nos études de cas concernant l'argument pragmatique, nous avons rencontré bien des expressions dans lesquelles les magistrats condensent leurs jugements de valeur. Certaines conséquences ont été qualifiées de « très choquantes », de conformes à des raisons de « bon sens et de pratique », de « désastreuses », de « contraires à l'ordre public ». D'autres conséquences ont été présentées comme « ridicules », comme aboutissant à une « impossibilité » ou comme « éloignées des besoins d'une société civilisée ». À d'autres occasions encore, les magistrats ont mis en évidence l'« incertitude », « les perturbations économiques et juridiques » qui résulteraient d'une hypothèse. Enfin, ils ont pu retenir la « simplicité » d'une solution « dans des conditions techniquement maîtrisées ».

¹⁵⁵⁷ QUINTILIEN, *Institution oratoire (De institutione oratoria)*, vol. II, liv. V, chap. X, § 84, cité par Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, op. cit., § 62, p. 362.

¹⁵⁵⁸ Neil MACCORMICK écrit que le mode d'argumentation conséquentialiste est « intrinsèquement "évaluatif", en ce qu'il s'interroge sur l'acceptabilité ou l'inacceptabilité desdites conséquences » (*Raisonnement juridique et théorie du droit*, op. cit., p. 123).

871. Il est vrai cependant que tous les énoncés de conséquences n'expriment pas un tel jugement de valeur. C'est que souvent, ces jugements de valeur sont implicites. Quand, par exemple, la Cour de justice des Communautés européennes déclare que l'hypothèse de supériorité du droit national aurait pour effet de rendre les obligations de source communautaire non pas « *inconditionnelles, mais seulement éventuelles* », son jugement de valeur est implicite¹⁵⁵⁹. Cette conséquence paraît, en effet, « inacceptable ». En un même sens et dans la même affaire, la Cour jugeait encore que l'hypothèse de la supériorité du droit national impliquerait la « *mise en cause de la base juridique de la communauté* »¹⁵⁶⁰. Le jugement de valeur sur l'inacceptable se passe ici de mots !

872. Ces précisions apportées, il apparaît que le jugement de valeur, qu'il soit explicite ou implicite, s'avère, du moins en partie, subjectif. Autrement dit, la même conséquence n'est pas nécessairement évaluée de la même manière par des interprètes différents. « *Lorsque les juges évaluent les conséquences des différentes règles applicables, écrit Neil MACCORMICK, ils peuvent accorder un poids différent à des critères d'évaluation différents, ressentir à des degrés divers des injustices perpétrées, ou les inconvénients pratiques qui résulteront de l'adoption ou du rejet d'une règle donnée* »¹⁵⁶¹. L'idée est toute simple. Nous n'avons pas tous les mêmes convictions. D'ailleurs – faut-il l'ajouter ? – si tel était le cas, un litige ne serait plus concevable puisque tout le monde serait d'accord sur tout.

873. Comment alors expliquer cette divergence des points de vue ? Il nous semble qu'il n'y a plus d'explication à cette divergence de point de vue, du moins à partir d'un certain moment. Un magistrat peut, certes, justifier longuement son point de vue et l'explicitier intégralement. Mais inévitablement il sera rattrapé par le temps et par l'impossibilité matérielle d'enchaîner indéfiniment des raisonnements. À un moment, il devra arrêter d'argumenter ces propres arguments et affirmer une opinion qui n'est plus argumentée. L'on touche alors aux jugements de valeurs ultimes insusceptibles de justification, mais relevant de nos convictions. Comme le dit Neil MACCORMICK : « *À ce stade, nous touchons aux*

¹⁵⁵⁹ Sur ce point, v. *supra*, n° 823. Rappelons que dans l'« histoire de la supériorité des traités » il se posait le problème général du conflit entre un traité et une loi nationale postérieure.

¹⁵⁶⁰ Sur ce point, v. *supra*, n° 823.

¹⁵⁶¹ *Ibid.*, p. 124.

fondements des jugements de valeur qui alimentent notre raisonnement, mais qui sont insusceptibles de démonstration. À ce stade on ne trouve que des différences d'opinions irréductibles entre des hommes et des femmes de raison et de bonne volonté »¹⁵⁶².

Conclusion du chapitre IV

874. Après le test du précédent, le test des autorités et le test de compatibilité des hypothèses juridiques, nous avons mis en lumière une dernière grande catégorie d'arguments susceptible de servir la mise à l'épreuve des hypothèses juridiques. Il s'agit du test conséquentialiste. En termes d'arguments, ce test prend la forme d'un argument pragmatique. L'argument pragmatique peut être défini comme l'argument qui permet de corroborer ou de réfuter une interprétation possible du droit en fonction des conséquences favorables ou défavorables qu'elle produirait si elle était retenue.

875. En pratique, cet argument est susceptible de bien des variantes. La plus importante d'entre elle est, sans doute, l'argumentation par l'absurde. Celle-ci consiste à justifier une hypothèse par l'affirmation que l'hypothèse qui lui est opposée produirait des conséquences manifestement inadmissibles si elle était retenue. On le voit, l'argumentation par l'absurde est une forme d'argumentation indirecte, puisqu'elle s'emploie à établir une hypothèse en en réfutant une autre qui lui est opposée. De plus, contrairement à une opinion répandue dans les ouvrages de rhétorique, l'argumentation par l'absurde ne se limite pas à une argumentation par le ridicule. Constituent, en effet, également des argumentations par l'absurde, celles qui mettent en évidence des conséquences « très choquantes », « désastreuses », « impossibles » ou encore « iniques ».

876. Il existe cependant d'autres formes d'arguments pragmatiques. Il en va ainsi de l'expérience mentale qui consiste à simuler l'application d'une hypothèse juridique à un cas particulier, que celui-ci soit un cas observé ou qu'il soit un cas imaginaire. Ce type d'argument permet ainsi d'évaluer l'hypothèse d'un point de vue éminemment concret en anticipant son application à des situations futures. L'argument de direction est une autre forme d'argument pragmatique. Cet argument, que l'on appelle encore l'argument « de la pente savonneuse » ou « du doigt dans l'engrenage », consiste à réfuter une hypothèse en dénonçant le caractère incontrôlable de ses conséquences. L'argument de la crainte du précédent

¹⁵⁶² *Ibid.*, p. 124.

constitue l'une des illustrations de ce type d'argument. Enfin, sans avoir la prétention d'être complets dans notre énumération, nous avons encore recensé l'argument de la praticabilité et du risque. Cet argument permet ou bien de corroborer une hypothèse en insistant sur sa simplicité et la sécurité juridique qu'elle procure ou bien de réfuter une hypothèse en relevant les incertitudes auxquelles elle conduit ou les difficultés de sa mise en œuvre.

877. Certaines complications affectent néanmoins l'argument pragmatique. En effet, lorsqu'un magistrat pense la ou les conséquences d'une hypothèse, il n'en résulte pas pour autant que cette conséquence va effectivement se produire au cas où l'hypothèse est retenue. Un désaccord n'est donc pas à exclure en ce qui concerne la survenance même des conséquences anticipées. De plus, il paraît très difficile de penser l'intégralité des conséquences d'une hypothèse et de n'en pas oublier – qui sait ? – d'essentielles. Il s'ajoute à cette difficulté qu'une même hypothèse peut avoir des conséquences les unes favorables, les autres défavorables, en sorte que le test conséquentialiste oriente alors vers une impasse. Enfin, l'argument pragmatique est susceptible d'un usage tendancieux, dans la mesure où le choix de certaines conséquences au détriment de certaines autres permet de diriger l'argument dans un sens préconçu.

878. Une dernière complication de l'argument pragmatique et donc du test conséquentialiste tient à la difficulté d'évaluer une conséquence. C'est qu'une même conséquence est susceptible d'être appréciée différemment suivant la personnalité de l'interprète. L'évaluation du caractère favorable ou défavorable d'une conséquence n'est donc pas exempte de subjectivité.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

879. Cette seconde partie avait pour objet de mettre en évidence la méthode de mise à l'épreuve des hypothèses juridiques. D'une façon tout à fait générale, cette méthode est l'argumentation. À partir de ce constat, notre recherche a consisté à mettre en évidence, non pas le détail des argumentations de magistrats, projet qui aurait été d'autant plus difficile que ces argumentations concrètes sont extrêmement complexes. Plus simplement, nous nous sommes bornés à mettre en lumière quelques tendances générales dans les argumentations de juges. Ces tendances générales, nous les avons exprimées au travers de ce que nous avons appelé les « tests » des hypothèses juridiques.

880. Ces tests sont des arguments de contrôle régulièrement employés par les magistrats pour mettre à l'épreuve leurs hypothèses juridiques. En vérité, ces tests forment de grandes catégories d'arguments récurrents dans les raisonnements judiciaires. Plus précisément, il s'agit du test du précédent, du test des autorités, du test de compatibilité et du test des conséquences. Sauf pour le test du précédent, chacune de ces catégories se décline en une multitude d'arguments formant des espèces d'un même genre.

881. Le test du précédent consiste à justifier une hypothèse juridique au motif qu'elle a déjà été retenue dans une décision antérieure. Le test des autorités contrôle une hypothèse en démontrant qu'elle fut déjà préconisée par une source dont la valeur est reconnue. Le test de compatibilité, quant à lui se dédouble, puisqu'il comporte à la fois un aspect tourné vers le système juridique et un aspect tourné vers la réalité du monde que les hypothèses contribuent à réguler. Aussi bien, le test de compatibilité exprime-t-il une contrainte systémique et une contrainte de réalisme. Il se décline donc en deux « sous »-tests, pourrait-on dire : un test de cohérence et un test d'adéquation. La cohérence exprime un rapport substantiel ou sémantique de compatibilité entre les éléments du système juridique. En tant que telle, elle se déploie dans toutes les directions à la fois. C'est la raison pour laquelle nous avons distingué entre cohérence horizontale (rapport entre normes d'un même degré de généralité et d'abstraction) et cohérence verticale du droit (rapport entre règles et principes, c'est-à-dire entre normes se situant à des degrés divergents de généralité et d'abstraction). Il existe toute une panoplie d'arguments de cohérence permettant d'établir ou de réfuter une hypothèse soit au nom de la cohérence horizontale, soit au nom de la cohérence

verticale du droit (par exemple, l'argument moyen-fin justifiant une hypothèse par la finalité qu'elle poursuit). L'autre aspect du test de compatibilité, à savoir le test d'adéquation, exige que l'hypothèse soit adaptée au monde qu'elle est censée régir. En particulier, l'argument de l'adaptation d'une hypothèse à la réalité exige qu'une hypothèse ne saurait ordonner qu'il doit être ce qui ne peut être. Enfin, le test conséquentialiste met en œuvre un argument pragmatique, c'est-à-dire un argument consistant à évaluer une hypothèse en fonction de ses conséquences favorables ou défavorables.

Arrivés à la fin de cette deuxième partie, il se pose bien sûr la question de la combinaison de ces arguments-tests et de l'attitude à adopter en cas de leur divergence. Nous en dirons quelques mots au titre de la conclusion générale.

CONCLUSION GÉNÉRALE

882. Au commencement de notre recherche se trouvait une interrogation. Peut-on dire par quelles méthodes un juge tranche une question de droit ? À ce questionnement répondait une intuition : pour résoudre un problème de droit, le magistrat fait des hypothèses, c'est-à-dire qu'il imagine des réponses possibles qu'il soumet, par la suite, à l'épreuve de certains arguments-types que l'on retrouve de manière récurrente dans les jugements.

883. Le développement et la démonstration de cette intuition nous ont menés par plusieurs étapes. En premier lieu, il s'est agi de définir le concept central de notre thèse, à savoir celui d'hypothèse juridique. Cet effort de définition, nous l'avons accompli de différentes manières. Nous avons d'abord tenté d'élaborer une *définition topique* des hypothèses juridiques, c'est-à-dire une définition cherchant à décrire le concept à définir par le lieu où il est situé. À ce titre, nous avons remarqué que les hypothèses juridiques se localisent dans l'espace ou la relation qui s'étend entre le législateur et le cas particulier. C'est qu'à bien y regarder, le législateur, en énonçant des règles, statue sur des cas particuliers qu'il a la volonté de régir. Or, ne pouvant décider lui-même de toutes les espèces qui surviennent, il est contraint de statuer par voie de dispositions générales et abstraites. À son tour, cette généralité et cette abstraction inhérentes aux décisions du législateur rendent inévitable l'intervention d'un intermédiaire chargé de les concrétiser, c'est-à-dire chargé de vaincre l'écart entre la norme générale et abstraite et le cas singulier et concret. En même temps, un autre espace ou écart reste à dépasser. Il s'agit, non plus de celui entre la règle générale et abstraite et le cas singulier et concret, mais de celui entre le législateur et l'intermédiaire, dans notre optique le juge. Cet écart est vaincu grâce à la signification des énoncés de normes. De fait, celle-ci est transportée du législateur vers l'interprète à l'aide de signes linguistiques la symbolisant. Aussi bien, le magistrat parvient-il à appréhender les règles du législateur, en décodant la signification des énoncés de normes. Ce rapport de signification entre le législateur et le juge de même que le rapport de concrétisation entre le juge et le cas particulier, nous ont suggéré l'idée d'un double espace occupé par les magistrats : un espace de signification du droit et un espace de concrétisation du droit. Par conséquent, en appliquant des règles de droit, le magistrat se situe nécessairement dans ce double espace. Il en va exactement de même des problèmes juridiques et des réponses possibles, c'est-à-dire des hypothèses, qu'il est susceptible de leur trouver. Celles-ci se situent nécessairement sur le

plan de la concrétisation et de la signification du droit.

884. Le deuxième type de définition que nous avons développé est une *définition génétique* des hypothèses juridiques. Il s'agit d'une méthode de définition cherchant à décrire le concept à définir par la manière dont il se produit, c'est-à-dire par sa source. Or, la source des hypothèses juridiques est formée des problèmes juridiques ou problèmes de droit. Nous en avons distingué quatre grands types. Il s'agit du problème de qualification, du problème d'obscurité de la loi, du problème de conflit de lois et du problème de lacune de la loi. Un examen critique de tous ces problèmes nous a néanmoins appris que, bien souvent, leur distinction est malaisée. C'est qu'ils désignent tous, à des degrés variables, une certaine insuffisance de la loi. Cette parenté ou ressemblance entre problèmes juridiques nous a conduits à les considérer comme des espèces d'un même genre, c'est-à-dire comme des figures d'un seul et même problème d'interprétation du droit. Dès lors, en partant de leur source, l'on peut finalement proposer deux autres types de définition des hypothèses juridiques, à savoir une *définition en compréhension* et une *définition en extension*. En extension, l'on peut, à l'image des différents types de problèmes juridiques, distinguer entre des hypothèses de qualification, des hypothèses de clarification de loi, des hypothèses de solution de conflit de lois et de des hypothèses comblement de lacune. En compréhension, ces hypothèses constituent des espèces d'un même genre, à savoir des hypothèses d'interprétation du droit.

885. Délibérément, nous avons abandonné la question de la découverte des hypothèses juridiques, puisqu'elle représente, selon nous, un faux problème. Il n'y a pas de méthode pour faire des découvertes. Les hypothèses sont le fruit de l'imagination, de l'intuition ou du sentiment du magistrat. À cet égard, il en va exactement de même en droit que dans les autres sciences. Néanmoins, cette reconnaissance du rôle joué par l'imagination dans la résolution de problèmes de droit, n'aboutit pas pour autant à s'incliner devant l'arbitraire des interprètes et donc des juges. C'est que la solution imaginée doit résister à la mise à l'épreuve d'un examen critique.

886. La mise à l'épreuve des hypothèses juridiques a fait l'objet de la seconde partie de notre thèse. Elle s'effectue grâce à la méthode de l'argumentation. En étudiant des cas concrets de raisonnements de magistrats au sujet de problèmes de droit déterminés, nous avons répertorié quatre grandes catégories d'arguments employées d'une manière récurrente.

Ces grands arguments-types nous les avons appelés les « tests » des hypothèses juridiques. C'est ainsi que les hypothèses imaginées par les magistrats sont mises à l'épreuve par un test du précédent, par un test des autorités, par un test de compatibilité et par un test conséquentialiste. En d'autres mots, une hypothèse juridique est validée au motif qu'elle est conforme ou non à une décision antérieure, qu'elle a déjà été soutenue par au moins une source dotée d'une autorité reconnue, qu'elle s'insère harmonieusement dans le système juridique de même qu'elle est compatible avec la réalité qu'elle est censée régir et qu'elle aboutit à des conséquences acceptables ou raisonnables. En sens inverse, elle est réfutée au motif qu'elle ne remplit pas les tests précités.

887. Avant d'en venir à la difficile question de la divergence de ces tests, il nous semble utile d'établir un bref inventaire de certains résultats auxquels notre recherche nous a rendus attentifs. La notion de *problème* nous paraît en premier lieu comme absolument fondamentale pour l'étude du raisonnement judiciaire. Il en est ainsi pour une raison toute simple. C'est que l'on ne conçoit guère une activité de raisonnement, sans qu'il n'existe au demeurant une question dont la résolution pose un certain nombre de difficultés ou d'obstacles. En ce sens, l'on peut dire que le raisonnement judiciaire est résolution de problèmes. Par ailleurs, du moins en ce qui concerne les problèmes de droit (qualification, obscurité, conflit de lois, lacune), qui sont les seuls que nous avons étudiés, ceux-ci se posent en termes de *choix entre solutions possibles*, chacune de ces solutions faisant figure d'hypothèse. En second lieu, il nous paraît important de souligner que la méthode apte à expliquer la résolution de problèmes est la *méthode de l'hypothèse*. Cette méthode que l'on sait coutumière des sciences exactes nous paraît également adaptée à l'analyse du raisonnement judiciaire, voire de la recherche juridique tout court. En particulier, elle a l'avantage de reconnaître une place à l'*imagination* des interprètes, en particulier des magistrats, sans pour autant abandonner la recherche de solutions à l'arbitraire des décideurs. C'est que l'invention d'une hypothèse n'est nullement dispensée d'une *mise à l'épreuve* critique. On le voit, si notre analyse abandonne le point de vue insondable de la recherche des solutions – et donc l'idée d'une *méthode de découverte* – elle n'abandonne pas pour autant l'idée d'une *méthode de mise à l'épreuve* ou de *justification* de ces solutions. Or, cette dernière, nous venons de le dire, est la méthode de l'*argumentation*. Un dernier mot sur cette méthode de l'argumentation. Les catégories d'arguments élaborées par les ouvrages généraux de rhétorique ne paraissent guère adaptées pour rendre compte des raisonnements qui importent dans la résolution de problèmes de droit. C'est la raison pour laquelle nous les

avons remplacées par les quatre tests rappelés ci-dessus et qui constituent autant de classes d'arguments.

888. Que faire dès lors quand ces tests ne convergent pas ? quand certains d'entre eux corroborent une hypothèse que d'autres réfutent ? quand chacune des solutions possibles semble en définitive se recommander d'arguments de même valeur ? L'on peut se représenter cette difficulté par l'image d'une balance en équilibre où les différents arguments, en faveur de chacune des hypothèses, apparaissent comme autant de poids, plus ou moins lourds, posés sur chacun de ses plateaux. Le magistrat se voyant dans l'obligation de juger, qu'est ce qui fera pencher la balance ? Mise à part la situation où aucune des solutions possibles avec ses justifications n'aurait la préférence du juge, auquel cas il ne lui resterait pas d'autre voie qu'un choix aveugle, nous pensons aux cas de figure – sans doute les plus nombreux – où le magistrat éprouve une préférence. Comment expliquer alors cette préférence ? À ce stade de notre réflexion nous touchons aux jugements de valeurs ultimes. Certes, un magistrat pourra toujours justifier ces préférences, puis s'employer à justifier ses justifications, c'est-à-dire à fournir de nouveaux arguments à l'appui de ses arguments. Mais à un moment donné, il devra décider, c'est-à-dire arrêter l'argumentation et donc arrêter de fournir des raisons. En ce sens, le jugement de valeur ultime au fondement de la décision échappe à notre connaissance.

BIBLIOGRAPHIE

I.- OUVRAGES GÉNÉRAUX

- ALLAND (D.), RIALS (S.) (sous la direction de), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy-PUF, Quadrige, 2003.
- ANCEL (B.), LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé*, préf. BATIFFOL (H.), Paris, Dalloz, coll. Grands arrêts, 5^{ème} éd., 2006.
- ARNAUD (A.-J.) (sous la dir. de), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1993.
- AUBRY (C.), RAU (C.), *Cours de droit civil français*, t. 1, Paris, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 3^{ème} éd., 1856.
- BLAY (M.) (sous la dir. de), *Grand dictionnaire de la philosophie*, Paris, Larousse, CNRS Éditions, 2003.
- BÉNABENT (A.), *Droit civil des obligations*, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 10^{ème} éd., 2005.
- *Droit civil de la famille*, Paris, Litec, coll. Manuels, 11^{ème} éd., 2003.
558.
- BERGEL (J.-L.), *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, coll. Thémis droit privé, 1^{ère} éd., 2001.
- BORÉ (J.), BORÉ (L.), *La cassation en matière civile*, Paris, Dalloz, coll. Dalloz Action, 3^{ème} éd., 2003.
- BOULOIS (J.), CHEVALLIER (R.-M.), *Les grands arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes*, t. 1, *Caractères généraux du droit communautaire, droit institutionnel, contrôle juridictionnel*, Paris, Dalloz, 6^{ème} éd., 1994.
- BREDIN (J.-D.) (édition présentée par), *Code civil des Français, 1804, Bicentenaire*, Paris, Dalloz, 2004.
- CAPITANT (H.), TERRE (F.), LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*,
- t. 1, *Introduction, personnes, famille, biens, régime matrimoniaux, successions*, Dalloz, coll. Grands arrêts, 11^{ème} éd., 2000.
- t. 2, *Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, t. 2, Paris, Dalloz, coll. Grands arrêts, 11^{ème} éd., 2000.
- CARBONNIER (J.), *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, t. 1, Paris, Quadrige/PUF, 2004.
- *Droit civil, Les biens, Les obligations*, t. 2, Paris, PUF/Quadrige, 2004.

- COLLART DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (Ph.), *Contrats civils et commerciaux*, Paris, Dalloz, Précis, Droit privé, 7^{ème} éd., 2004.
- CORNU (G.), *Introduction, Les personnes, Les biens*, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 12^{ème} éd., 2005.
- *Droit civil, La famille*, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 9^{ème} éd., 2006.
- CORNU (G) (sous la dir. de), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, PUF, 8^{ème} éd., 2000.
- DAVID (R.), *Le droit français*, t. 1, *Les données fondamentales du droit français*, Paris, LGDJ, Les systèmes de droit contemporains, 1960.
- DAVID (R.), JAUFFRET-SPINOZI (C.), *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, Précis, Droit privé, 11^{ème} éd., 2002.
- DELNOY (P.), *Éléments de méthodologie juridique*, Bruxelles, Éditions Larcier, coll. de la Faculté de l'Université de Liège, 2005.
- DIJON (X.), *Méthodologie juridique, L'application de la norme*, Diegem, Kluwer Éditions Belgique et E. Story-Scientia, 1996.
- FAVOUREU (L.), L. PHILIP (L.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, coll. Grands arrêts, 13^{ème} éd., 2005.
- FERRAND (F.), *Droit privé allemand*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 1997.
- FOULQUIÉ (P.), *Dictionnaire de la langue philosophique*, Paris, PUF, 6^{ème} éd., 1992.
- GHESTIN (J.), GOUBEUX (G.), FABRE-MAGNAN (M.), *Droit civil, Introduction générale*, Paris, LGDJ, coll. Traité de droit civil, 4^{ème} éd., 1994.
- GUILLIEN (R.), VINCENT (J.), GUINCHARD (S.), MONTAGNIER (G.), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 15^{ème} éd., 2005.
- GUINCHARD (S.), FERRAND (F.), *Procédure civile, Droit interne et droit communautaire*, Paris, Dalloz, coll. Précis droit privé, 28^{ème} éd., 2006.
- GUTMANN (D.), *Droit international privé*, Paris, Dalloz, coll. Cours, 5^{ème} éd., 2007.
- HÉRON (J.), LE BARS (T.), *Droit judiciaire privé*, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 3^{ème} éd., 2006.
- JOLOWICZ (J.-A.), *Droit anglais*, Paris, Dalloz, Précis, 2^{ème} éd., 1991.
- LAFERRIÈRE (E.), *Traité de la juridiction administrative*, t. 1, Paris, Nancy, Berger-Levrault, 2^{ème} éd., 1896.
- LALANDE (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, Quadrige/PUF, 2^{ème} éd. « Quadrige », 2006.

LARENZ (K.) (begründet von), M. WOLF (M.) (vortgeführt von), *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, München, Beck, 8^{ème} éd., 1997.

LAURENT (F.), *Principes de droit civil*, t. 1, Bruxelles, Paris, Bruylant, Chevalier-Maresq, 4^{ème} éd., 1887.

MALAURIE (Ph.), MORVAN (P.), *Droit civil, Introduction générale*, Paris, Defrénois, 2^{ème} éd., 2005.

MAUBOURGET (P.) (publié sous la dir. de), *Grand Larousse universel*, Paris, Larousse, 1995.

MAYER (P.), HEUZÉ (V.), *Droit international privé*, Paris, Monchrestien, coll. Domat droit privé, 8^{ème} éd., 2004.

MERLE (R.), VITU (A.), *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, Paris, éd. Cujas, 7^{ème} éd., 1997.

PERROT (R.), *Institutions judiciaires*, Paris, Montchrestien, coll. Droit privé, 12^{ème} éd., 2006.

PESCATORE (P.), *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, Office des imprimés de l'État, 1960, mise à jour 1978.

REY (A) (sous la dir. de), *Le grand Robert de la langue française, Dictionnaire analogique et alphabétique de la langue française*, Paris, Le Robert, 1992, réimpr. 1996.

REY (A.), REY-DEBOVE (J.), (sous la dir. de), *Le Nouveau petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris, Le Robert, 2007

ROLAND (H.), BOYER (L.), *Adages du droit français*, Paris, Litec, 4^{ème} éd., 1999.

TERRÉ (F.), *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, Précis, 7^{ème} éd., 2006.

TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 9^{ème} éd., 2005.

Trésor de la langue française informatisé (Tlfi), CNRS Éditions, <http://atilf.atilf.fr/tlf.htm>,

ZWEIGERT (K.), KÖTZ (H.), *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 3. Auflage, 1996 (en version anglaise, *Introduction to comparative law*, traduit de l'allemand par WEIR (T.), Oxford, Clarendon press, 3rd rev. ed., 1998).

II.- OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES

ABDEL-RAHMAN (H.), *La logique des raisonnements juridiques*, thèse dactyl., Paris IV, 1975.

- AMSELEK (P.) (sous la direction de), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Aix-Marseille, Bruylant, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1995.
- (volume publié sous la dir. de), *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, Paris, PUF, 1986.
- ARISTOTE, *Organon, Topiques*, traduction et notes par J. TRICOT, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, coll. Bibliothèque des textes philosophiques, 1997.
- A.P.D., *La création du droit par le juge*, 2007, t. 50.
- AUSTIN (J. L.), *Quand dire, c'est faire*, titre original, *How to do things with words* [1962], introduction, traduction et commentaire par LANE (G.), postface de RÉCANATI (F.), Paris, Éditions du Seuil, coll. Essais, Points, 1^{ère} édition française 1970, réimpr. 2002.
- ARMENGAUD (F.), *La pragmatique*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 4^{ème} éd. (corrigée), 1999.
- ASKEY (S.), MCLEOD (I.), *Studying the law*, Hampshire, New York, Palgrave Macmillan, 2006.
- BALIAN (S.), *Essai sur les définitions dans la loi*, thèse dact., Paris II, 1986.
- BAYLON (Ch.), MIGNOT (X.), *Sémantique du langage, Initiation*, Paris, Nathan, coll. fac. linguistique, 2002.
- BERNARD (C.), *Introduction à l'étude de la médecine expérimentale* [1865], préface DAGOGNET (F.), Paris, Flammarion, 1984.
- BERRIAT SAINT-PRIX (F.), *Manuel de logique juridique, À l'usage des étudiants, des candidats de concours, des avocats, des magistrats et ceux qui traitent des questions de droit*, Paris, A. Cotillon et Cie Éditeurs, 2^{ème} éd., 1876.
- BERTHIAU (D.), *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*, thèse, préface SOURIOUX (J.-L.), Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1999.
- BLANCHÉ (R.), *Introduction à logique contemporaine*, Paris, Armand Colin, coll. Coursus, 1996.
- BRETON (Ph.), *L'argumentation dans la communication*, Paris, La découverte, coll. Repères, nouvelle édition, 2001.
- BUFFON (B.), *La parole persuasive, Théorie et pratique de l'interrogation philosophique*, PUF, coll. L'interrogation philosophique, 2002.
- CELEX (Centre d'études du lexique), *La définition*, Paris, Larousse, coll. Langue et langage, Actes du colloque organisé par le CELEX à Paris les 18 et 19 novembre 1988, 1990.
- CORNU (G.), *Linguistique juridique*, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 3^{ème} éd., 2005.
- CÔTE (P.-A.), *Interprétation des lois*, Montréal, Les éditions Thémis, 3^{ème} éd., 1999.

- CROSS (R.), HARRIS (J. W.), *Precedent in english law*, Oxford, Calrendon Press, 4th ed., 1991.
- EINSTEIN (A.), *Mein Weltbild*, 1980, Ullstein Buch, Ullstein Materialien, 1980.
- ENGISCH (K.), *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart, Berlin, Köln, Kohlhammer, Urban-Taschenbücher, 9^{ème} éd., 1997.
- ENNECERUS (L.), NIPPERDEY (H. C.), *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 1. Band, Tübingen, J. C. B. Mohr, 15^{ème} éd., 1959.
- ESTOUP (P.), *La pratique des jugements en matière civile, prud'homale et commerciale, Principes et méthodes de rédaction*, Paris, Litec, 2^{ème} éd., 1990.
- FABREGUETTES (P.), *La logique judiciaire et l'art de juger*, Paris, LGDJ, 1914.
- FAURÉ (G.), KOUBI (G.) (sous la dir. de), *Le titre préliminaire du Code civil*, Paris, Economica, coll. Études juridiques, 2003.
- FENET (P.-A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tome 2, Paris, Videcoq, 1836.
- FRYDMAN (B.), *Le sens des lois, Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.J., coll. « Penser le droit », 2005.
- GAGNON (M.), HÉBERT (D.), *En quête de science, Introduction à l'épistémologie*, Canada, Fides, 2000.
- GÉNY (F.), *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, t. 1 et 2, préface SALEILLES (R.), Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 1919, Reprint 1996.
- *Science et technique en droit privé positif*, t. 1-4, Paris, Sirey, 1922-1924.
- GERVEN (W. VAN), *La politique du juge, Essai sur la mission du juriste dans le société*, trad. par RIGAUX (M.-F.) et DEJEMEPPE (B.), Bruxelles, Swinnen, coll. Prolegomena, 1983.
- GEX (M.), *Logique formelle*, préface GONSETH (F.), Neuchâtel, Éditions du Griffon, 3^{ème} éd., 1968.
- *Méthodologie*, Cours de philosophie des Gymnases cantonaux de Lausanne, Lausanne, Librairie de l'université F. Rouge & Cie S.A., 1947.
- GIRAUD (P.), *La Sémantique*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 7^{ème} éd., 1972.
- GORPHE (F.), *Les décisions de justice, Études psychologique et judiciaire*, Paris, PUF, 1952.
- HEMPEL (C.), *Éléments d'épistémologie*, titre original, *Philosophy of natural science* [1966], traduit de l'anglais par SAINT-SERNIN (B.), Paris, Armand Collin, coll. Coursus, 2^{ème} éd., 2^{ème} tirage, 2000.

- HUBIEN (H.) (actes publiés par), *Le raisonnement juridique*, Actes du congrès mondial de philosophie du droit et de philosophie sociale, Bruxelles, Bruylant, 1971.
- INSTITUT DE DROIT COMPARÉ (Paris II), *Juges et jugements : l'Europe plurielle, L'élaboration de la décision de justice en droit comparé*, Colloque organisé par l'Institut de droit comparé de Paris et l'École nationale de la magistrature, les 5 et 6 mai 1997 (Paris II), Société de droit comparé, 1998
- JANVILLE (TH.), *La qualification juridique des faits*, préface GUINCHARD (S.), Aix-en-Provence, PUAM, 2004
- JEAMMAUD (A.), *Des oppositions de normes en droit privé interne*, thèse, dactyl., Lyon III, 1975.
- JESTAZ (Ph.), JAMIN (Ch.), *La doctrine*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2004.
- JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), BACHELLIER (X.), *La technique de cassation, Pourvois et arrêts en matière civile*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 6^{ème} éd., 2006.
- KALINOWSKI (G.), *Introduction à la logique juridique, Éléments de sémiotique juridique, logique des normes et logique juridique*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de philosophie du droit, 1965.
- KERBRAT-ORECCHIONI (C.), *L'implicite*, Paris, Armand Colin, 1986.
- KERCHOVE (M. VAN DE) (publié sous la dir. de), *L'interprétation en droit, Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1978.
- KERCHOVE (M. VAN DE), F. OST (F.), *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, coll. les voies du droit, 1988.
- *Entre la lettre et l'esprit, Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989.
- KRAMER (E. A.), *Juristische Methodenlehre*, Bern, Stämpfli, München, Beck, 1998.
- LARENZ (K.) (begründet von), CANARIS (Cl.-W.) (fortgeführt von), *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, Heidelberg, New York, Springer-Verlag, Lehrbuch, 3. neu bearbeitete Auflage, 1995.[Cet ouvrage, initialement rédigé par Karl LARENZ, a fait l'objet, après sa mort, d'une réédition revue par son élève, Claus-Wilhelm CANARIS. Nous citerons cet ouvrage, comme s'il exprimait la pensée de ces deux auteurs, bien que la nouvelle édition comporte parfois des passages fortement modifiés par le continuateur de l'ouvrage initial (cf. *Vorwort*)].
- LARNAUDE (F) et autres, préface P. DESCHANEL, allocution R. SALEILLES, *Les méthodes juridiques, Leçons faites au Collège libre des sciences sociales en 1910*, par F. LARNAUDE, H. BERTHÉLEMY, A. TISSIER, H. TRUCHY, E. THALLER, PILLET, E. GARÇON, F. GÉNY, Paris, V. Giard & E. Brière Libraires-Éditeurs, 1911.
- LINDON (R.), *Le style et l'éloquence judiciaires*, Paris, Albin Michel, 1968.

- MACCORMICK (N.), *Raisonnement juridique et théorie du droit*, traduit de l'anglais par GAGEY (J.), Paris, PUF, coll. les voies du droit, 1996, (version originale, *Legal reasoning and legal theory* [1978], Oxford, Clarendon Press, reprinted 1995).
- MARTINET (A.), *Eléments de linguistique générale*, Paris, Armand Colin, coll. Coursus, 4^{ème} éd., 1996.
- MARTY (G.), *La distinction du fait et du droit, Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Paris, Recueil Sirey, 1929.
- MATHIEU-IZORCHE (M.-L.), *Le raisonnement juridique*, Paris, PUF, coll. Thémis droit privé, 2001
- MAYER (P.), *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, thèse, préf. BATIFFOL (H.), Paris, Dalloz, 1973.
- MERLIN (Ph.-A.), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Bruxelles, H. Tarlier Libraire-Éditeur, 5^{ème} éd., 1825-1828.
- MIGNOT (X.), BAYLON (Ch.), *Sémantique du langage, Initiation*, Paris, Nathan, coll. fac. linguistique, 2002.
- MIMIN (P.), *Le style des jugements*, préface de BOUCHARDON (P.), Paris, Librairies techniques, 4^{ème} éd., 1978.
- MOLFESSIS (N.) (groupe de travail présidé par), *Rapport sur les revirements de jurisprudence*, Litec, 2004.
 - (sous la dir. de), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Paris, Economica, coll. Études juridiques, 2004.
- MOTULSKY (H.), *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs)*, préf. ROUBIER (P.), Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1948.
 - *Écrits, études et notes de procédure civile*, préf. CORNU (G.), FOYER (J.), Paris, Dalloz, 1973.
- NYCKEES (V.), *La Sémantique*, Paris, Belin, coll. Sujets, 1998.
- OLÉRON (P.), *Le raisonnement*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 5^{ème} éd., 1996.
- PACLOT (Y.), *Recherche sur l'interprétation juridique*, Thèse, dactyl., Paris, 1988.
- PAYCHERE (F.) (édité par), *La découverte du sens en droit*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Association française de philosophie du droit, Rencontre annuelle du 5 avril 1991, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1992.
- PERELMAN (Ch.), *Justice et raison*, Bruxelles, Presses universitaires de Bruxelles, 1963.
 - *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2^{ème} éd., 1979.
 - *L'empire de la rhétorique, Rhétorique et argumentation*, Paris, Vrin, coll. Bibliothèque des textes philosophiques, 3^{ème} tirage, 1997.

- PERELMAN (Ch.) (études publiées par), *Les Antinomies en droit*, Bruxelles, Bruylant, Travaux du centre national de recherches de logique, 1965.
- (études publiées par), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, Travaux du centre national de recherches de logique, 1968.
- PERELMAN (Ch.), ELST (R. VANDER) (études publiées par), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, Travaux du centre national de recherches de logique, 1984.
- PERELMAN (Ch.), L. OLBRECHTS-TYTECA (L.), *Traité de l'argumentation, La nouvelle rhétorique*, préf. MEYER, Bruxelles, Éditions des universités de Bruxelles, 5^{ème} édition, 2000.
- PESCATORE (P.), *Initiation à la méthode scientifique à l'intention des étudiants en sciences humaines*, Luxembourg, Université du Luxembourg, 2006.
- PICOCHÉ (J.), *Précis de lexicologie française*, Paris, Nathan, coll. Nathan-Université, nouvelle édition revue et mise à jour, 1992.
- POIRIER (D.), DEBRUCHE (A.-F.), *Introduction générale à la common law*, Bruxelles, Bruylant, Éditions Yvon Blais, 3^{ème} éd., 2005.
- POPPER (K. R.), *La logique de la découverte scientifique*, titre original, *The logic of scientific discovery* [1959], Traduit de l'anglais par, THYSSEN-RUTTEN (N.), DEVAUX (Ph.), préface à l'édition française, MONOD (J.), Payot, Bibliothèque scientifique Payot, 5^{ème} éd., 1989, 2002 (impr. en).
- PORTALIS (J.-É.-M.), *Jean-Étienne-Marie Portalis, Écrits et discours juridiques et politiques*, préf. SÉRIAUX (A.), Aix-Marseille, PUAM, coll. des Publications du centre de philosophie du droit, 1988.
- RAY (J.), *Essai sur la structure logique du code civil français*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1926.
- REBOUL (O.), *Introduction à la rhétorique*, Paris, PUF, coll. Premier cycle, 3^{ème} éd., 1998.
- RIGAUX (F.), *La nature du contrôle de la Cour de cassation*, préf. DABIN (J.), Bruxelles, Bruylant, Bibl. de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain, 1966.
- ROBINSON (R.), *Definition*, Oxford, Clarendon Press, 1950.
- SAINT-ALBIN (H. DE), *Logique judiciaire ou traité des arguments légaux*, Paris, Jobert libraire-éditeur, 2^{ème} éd., revue, corrigée et augmentée, suivie de la *Logique de la conscience*, 1841.
- SAUSSURE (F. DE), *Cours de linguistique générale*, introduction par MAURO (T. DE), Paris, Grande Bibliothèque Payot, 1995.
- SCHROEDER (F.-M.), *Le Nouveau style judiciaire*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 1978.

- SOURIOUX (J.-L.), P. LERAT (P.), *L'analyse de texte, Méthode générale et applications au droit*, Paris, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 5^{ème} éd., 2005.
- TERRÉ (F.), *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Paris, L.G.D.J., 1957.
- TOURATIER (C.), *La sémantique*, Paris, Armand Colin, coll. Cours lettres, 2000.
- VASSART (P.) (études publiées par), HAARSCHER (G.), INGBER (L.), VANDER ELST (R.) (sous la dir. de), *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Bruxelles, éd. Nemesis, 1988.
- VIRIEUX-RAYMOND (A.), *La logique formelle*, Paris, PUF, coll. SUP, 3^{ème} éd., 1975.
- WINTGENS (J.-L.), *Droit, principes et théories, Pour un positivisme critique*, Bruxelles, Bruylant, 2000.
- ZIPPELIUS (R.), *Juristische Methodenlehre*, München, Jus Schriftenreihe, Lernbücher, Verlag C.H. Beck, 8. Auflage, 2003.

III.- ARTICLES

- AGOSTINI (E.), « L'argument a contrario », *D. chr.* 1978.149.
- AMSELEK (P.), « Le locutoire et l'illocutoire dans les énonciations relatives aux normes juridiques », *Revue de métaphysique et morale*, 1990, p. 385.
- « Philosophie du droit et théorie des actes de langage », in *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, AMSELEK (P.) (sous la dir. de), Paris, PUF, 1986, p. 109.
 - « La teneur indéécise du droit », *Rev. dr.publ.* 1991.1199.
 - « L'interprétation à tort et à travers », in *Interprétation et droit*, AMSELEK (P.) (sous la dir. de), Bruxelles, Aix-Marseille, Bruylant, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1995, p. 11.
- ANCEL (B.), « L'objet de la qualification », *J.D.I.* 1980.227.
- ANCEL (J.-P.), « La rédaction de la décision de justice en France », Actes du colloque organisé le 5 et 6 mai 1997 sur le thème de *L'élaboration de la décision de justice, Études de droit comparé*, *RIDC* 1998.3.842.
- ANTOINE (S.), « L'animal et le droit des biens », *D. chr.* 2003.2651.
- APPLETON (C.), « Observations sur la méthode dans l'enseignement, du droit en général, du droit romain en particulier et sur les réformes adoptées en 1889 », *Revue internationale de l'enseignement*, t. 21, 1891.235.
- ATIAS (Ch.), « Définir les définitions juridiques ou définir le droit », *R.R.J.* 1987.4.1.
- AUDIT (B.), « Qualification et droit international privé », *Droits*, n° 18, 1994.55.

- BACHELIER (X.), « La Cour de cassation, gardienne de l'unité du droit », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, La documentation française, 1994, p. 91.
- BARADUC (E.), « L'avocat, garant de l'impartialité du juge ?... Ou quand la déontologie de l'un sert l'éthique de l'autre », in *La Cour de cassation, l'université et le droit, Mélanges en l'honneur du Président André Ponsard*, Paris, Litec, 2003, p. 39.
- BATIFFOL (H.), « Questions de l'interprétation juridique », in *L'interprétation dans le droit*, A.P.D., t. 17, 1972.9.
- BELLET (P.), « Servitudes et libertés du juge : les articles 4 et 5 du Code civil français », in *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Bruxelles, éd. Nemesis, VASSART (P.) (études publiées par), HAARSCHER (G.), INGBER (L.), VANDER ELST (R.) (sous la dir. de), 1988, p. 145.
- BERGEL (J.-L.), « La découverte du sens en droit par la Finalité », in *La découverte du sens en droit*, PAYCHERE (F.) (édité par), *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Association française de philosophie du droit*, Rencontre annuelle du 5 avril 1991, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, p. 67.
- « Typologie des définitions dans le Code civil », *R.R.J.* 1986.4.31.
 - « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTDciv* 1984.255.
- BICHSEL (P.), « Ein Tisch ist ein Tisch » (Une table c'est une table), in *Der Brunnen, Deutsches Lehrbuch für höhere Schulen*, II, Luxemburg, Verlag V. Buck, traduction personnelle de l'allemand, p. 237.
- BIENVENU (A.), « Induction », in *Grand dictionnaire de la philosophie*, Paris, Larousse, CNRS Éditions, 2003, p. 551.
- BLANCHÉ (R.), « Raisonnement », in *Encyclopaedia universalis*, Paris, Encyclopaedia universalis, 2002.
- BLONDEL (Ph.), « Le juge et le droit », in *Le nouveau Code procédure civile : vingt ans après*, Paris, La documentation française, Actes du colloque des 11 et 12 décembre 1997 organisé par la Cour de cassation, 1998, p. 103.
- « Le fait, source de droit », in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drai*, Paris, Dalloz, 2000, p. 203.
- BOBBIO (N.), « Le bon législateur », in *Le raisonnement juridique*, Actes du congrès mondial de philosophie du droit et de philosophie sociale, HUBIEN (H.) (actes publiés par), Bruxelles, Bruylant, 1971, 243.
- « les critères pour résoudre des antinomies », in *Les antinomies en droit*, Ch. PERELMAN (études publiées par), Bruxelles, Bruylant, Travaux du centre national de recherches de logique, 1965, p. 237.
- BORÉ (J.), « Le cumul de la responsabilité du fait personnel et de la responsabilité du fait des choses », *J.C.P.* 1965.I.1961.

- « Pourvoi en cassation », *Rép. Dalloz proc. civ.*, 1995.
- BOUTARD LABARDE (M.-Ch.), « Propos communautaires autour de deux mots : vocabulaire juridique et définition », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique, Écrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris, PUF, 1994, p. 25.
- CANARIS (W.), « De la manière de constater et de combler les lacunes de la loi en droit allemand », in *Le problèmes des lacunes en droit*, PERELMAN (Ch.) (études publiées par), Bruxelles, Bruylant, Travaux du centre national de recherches de logique, 1968, p. 161.
- CAPITANT (H.), « L'interprétation des lois d'après les travaux préparatoires », *D. H. chr.* 1935.77.
- « Les travaux préparatoires et l'interprétation des lois », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, tome II, Paris, Sirey, 1935, p. 204.
- CANIVET (G.), MOLFESSIS (N.), « L'imagination du juge », in *Mélanges Jean BUFFET, La procédure dans tous ces états*, Paris, 2004, Petites affiches, p. 131.
- CAPPELLETTI (M.), « The doctrine of stare decisis and the civil law : a fundamental difference – or no difference at all ? », in *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*, Tübingen, BERNSTEIN (H.), DROBNIG (U.), KÖTZ (H.) (herausgegeben von), J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1981, p. 381.
- CARBONNIER (J.), « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in *Les notions à contenu variable en droit*, PERELMAN (Ch.) et VANDER ELST (R.) (études publiées par), Bruxelles, Bruylant, Travaux du centre national de recherches de logique, 1984, p. 99.
- CAYLA (O.), « Ouverture : La qualification, ou la vérité du droit », *Droits*, N° 18, 1993.3.
- CHARTIER (Y.), rapport sur « Les revirements de jurisprudence à la Cour de cassation », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, Paris, La documentation française, 1994, p. 149.
- CHEVALLIER (J.), « L'interprétation des lois », in *Le titre préliminaire du Code civil*, FAURÉ (G.), KOUBI (G.) (sous la dir. de), Paris, Economica, coll. Études juridiques, 2003, p. 125.
- CLAUSS (K.), « Die Sens-Clair-Doktrin als Grenze und Werkzeug », in *Le raisonnement juridique*, Actes du congrès mondial de philosophie du droit et de philosophie sociale, HUBIEN (H.) (actes publiés par), Bruxelles, Bruylant, 1971, 251.
- CORNU (G.), « Centenaire », *D.* 1995.215
- « Les définitions dans la loi », in *Mélanges dédiés à J. VINCENT*, Paris, Dalloz, 1981, pp. 77 et s.
 - « L'imagination, à bon droit ? », 2^{ème} conférence Albert-Mayrand, reproduite partiellement sur le site <http://www.barreau.qc.ca>.
 - « Le règne discret de l'analogie », *R.R.J.* 1995.4.1067.

- COUDERC (M.), « Les travaux préparatoires de la loi ou la remontée des enfers », *D. chr.* 1975.249.
- DRAI (P.), « Le délibéré et l'imagination du juge », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Mélanges en l'honneur de R. PERROT*, Paris, Dalloz, 1996, p. 107.
- EISENMANN (Ch.), « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *A.P.D.*, t. 11, 1966.25.
- ELST (R. VANDER), « Antinomies en droit international privé », in *Les Antinomies en droit*, PERELMAN (Ch.) (études publiées par), Bruxelles, Bruylant, Travaux du centre national de recherches de logique, 1965, p. 139.
- FORIERS (P.), « Les antinomies en droit », in *Les Antinomies en droit*, Ch. PERELMAN (études publiées par), Bruxelles, Bruylant, Travaux du centre national de recherches de logique, 1965, p. 20.
- « Les lacunes du droit », in *Le problèmes des lacunes en droit*, PERELMAN (Ch.) (études publiées par), Bruxelles, Bruylant, Travaux du centre national de recherches de logique, 1968, p. 9.
 - « L'interprétation juridique, ses méthodes et l'activité du juge », in *La pensée juridique de Paul Foriers*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, Travaux du centre national de recherche de logique, 1982, p. 709.
 - « L'interprétation en droit belge », in *La pensée juridique de Paul Foriers*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, Travaux du centre national de recherche de logique, 1982, p. 813.
- FRAGISTAS (Ch. N.), « Les précédents judiciaires en Europe continentale », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. 2, *Droit comparé, Théorie générale du droit et droit privé*, Paris, Dalloz & Sirey, 1960, p. 139.
- FRANCESKAKIS (Ph.), *Encyclopédie juridique Dalloz, Répertoire de droit international*, FRANCESKAKIS (Ph.) (sous la dir. de), t. II, 1969, v^o « Procédure civile et commerciale », v. « Qualifications ».
- FRISON-ROCHE (M.-A.), Art. 4, « Dénier de justice et interprétation de la loi par le juge », *Juris-cl. Civil*, 2003.
- « Une typologie des analogies dans le système juridique (“bonnes” et “mauvaises” analogies en droit) », *R.R.J.* 1995.4.1043.
- GÉRARD. (Ph.), « Antinomie », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, A.-J. ARNAUD (sous la dir. de), Paris, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1993.
- GILISSEN (J.), « Le problème des lacunes du droit dans l'évolution du droit médiéval et moderne », in *Le problèmes des lacunes en droit*, PERELMAN (Ch.) (études publiées par), Bruxelles, Bruylant, Travaux du centre national de recherches de logique, 1968, p. 197.
- GRIVART DE KERSTRAT (F.), « Common law et analogie », *R.R.J.* 1995.4.1087.
- GRZEGORCZYK (CH), « Le concept de bien juridique : l'impossible définition ? », *A.P.D.*, t. 24, 1979.259.

- GUASTINI (R.), « Interprétation et description de normes », in *Interprétation et droit*, AMSELEK (P.) (sous la direction de), Bruxelles, Aix-Marseille, Bruylant, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1995, p. 89.
- GUTMANN (D.), « “Le juge doit respecter la cohérence du droit”, Réflexions sur un imaginaire article 4 ½ du Code civil », in *Le titre préliminaire du Code civil*, FAURE (G.) et KOUBI (G.) (sous la dir. de), Paris, Economica, 2003, p. 109.
- HAARSCHER (G.), « Autorité et raison en philosophie », in *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Bruxelles, éd. Nemesis, VASSART (P.) (études publiées par), HAARSCHER (G.), INGBER (L.), VANDER ELST (R.) (sous la dir. de), 1988, p. 248.
- HÉBRAUD (P.), « Rapport introductif », in *La logique judiciaire*, Travaux et recherches de la faculté de droit et sciences économiques de Paris, 5^{ème} Colloque des Instituts d'Études Judiciaires, Paris, PUF, Série droit privé, 1969, p. 23.
 - « Le juge et la jurisprudence », in *Mélanges offerts à P. COUZINET*, Toulouse, 1974, p. 329.
- HÉRON (J.), « Étude structurale de l'application de la loi dans le temps », *RTDciv.* 1985.277.
- HOECKE (M. VAN DE), « Définitions légales et interprétation de la loi », *Droit et Société*, 1988.93.
- HUBERLANT (Ch.), « Les mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi », in *Le problème des lacunes en droit*, PERELMAN (Ch.) (études publiées par), Bruxelles, Bruylant, Travaux du centre national de recherches de logique, 1968, p. 31.
 - « Antinomies et recours aux principes généraux », in *Les Antinomies en droit*, PERELMAN (Ch.) (études publiées par), Bruxelles, Bruylant, Travaux du centre national de recherches de logique, 1965, p. 204.
- HUTCHESON (J. C.), « Le jugement intuitif, la fonction du ‘hunch’ dans la décision judiciaire », titre original, « The judgment intuitive ; the function of the ‘hunch’ in judicial decision », traduit de l'anglais par MARTY (G.), in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, tome II, Paris, Sirey, 1935, p. 531.
- INGBER (L.), « Avant-propos », in *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Bruxelles, éd. Nemesis, VASSART (P.) (études publiées par), HAARSCHER (G.), INGBER (L.), VANDER ELST (R.) (sous la dir. de), 1988, p. 5.
- JAUFFRET SPINOSI (C.), « Comment juge le juge anglais ? », *Droits* 1989.57.
- JAMIN (Ch.), « Un modèle original : la construction de la pensée juridique française », publié sur <http://www.courdecassation.fr>.
- JESTAZ (Ph.), « La qualification en droit civil », *Droits*, N° 18, 1994.45.
- JOLOWICZ (J.-A.), « La jurisprudence en droit anglais : aperçu sur la règle du précédent », *A.P.D.*, t. 30, 1985.105.

- KERKHOVE (M. VAN DE), « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation de Belgique », in *L'interprétation en droit, Approche pluridisciplinaire*, KERKHOVE (M. VAN DE) (publié sous la dir. de), Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1978, p. 13.
- « Le sens clair du texte : argument de raison ou d'autorité ? », in *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Bruxelles, éd. Nemesis, VASSART (P.) (études publiées par), HAARSCHER (G.), INGBER (L.), VANDER ELST (R.) (sous la dir. de), 1988, p. 291.
 - « lacune », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, A.-J. ARNAUD (sous la dir. de), Paris, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1993.
- LADOWSKI (E.), « La découverte du sens en droit : un point de vue sémiotique », in *La découverte du sens en droit*, PAYCHERE (F.) (édité par), Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Association française de philosophie du droit, Rencontre annuelle du 5 avril 1991, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, p. 47.
- LADRIÈRE (J.), « Abstraction », in *Encyclopédie philosophique universelle, II, Les notions philosophiques*, JACOB (A.) (sous la dir. de), Paris, PUF, 1^{ère} éd., 1990.
- LARNAUDE (F.), « Le droit public, sa conception, sa méthode », in *Les méthodes juridiques, Leçons faites au Collège libre des sciences sociales en 1910*, par LARNAUDE (F.), BERTHÉLEMY (H.), TISSIER (A.), TRUCHY (H.), THALLER (E.), PILLET, GARÇON (E.), GÉNY (F.), préface DESCHANEL (P.), allocution SALEILLES (R.), Paris, V. Giard & E. Brière Libraires-Éditeurs, 1911, p. 1.
- LASSER (M. S.-O.-l'E.), « Autoportraits judiciaires : le discours interne et externe de la Cour de cassation », in *Langages de justice, Les cahiers de l'IHEJ*, octobre 1994, p. 28.
- « Judicial (self-) portraits : judicial discourse in the french legal system », *The Yale law journal*, vol. 104, 1995.1326.
- LEBEN (Ch.), « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *RDP* 1982.295.
- LIBCHABER (R.), « Les articles 4 et 5 du Code civil ou les devoirs contradictoires du juge », in *Le titre préliminaire du Code civil*, FAURE (G.) et KOUBI (G.) (sous la direction de), Paris, Economica, 2003, p. 143.
- MACCORMICK (N.), « Coherence in legal justification », in *Theorie de Normen, Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag*, herausgegeben von KRAWIETZ (W.), SCHELSKY (H.), WINKLER (G.), SCHRAMM (A.), Berlin, Duncker & Humbolt, 1984, p. 37.
- MALAURIE (Ph.), « Les antinomies des règles et de leur fondements », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle : études offertes à Pierre CATALA*, Paris, Litec, 2001, p. 25.
- MEYNIAL (E.), « Du rôle de la logique dans la formation scientifique du droit », *Revue de métaphysique et de morale*, 1908, p. 164.

- MORVAN (P.), « Les principes », *Dictionnaire de la culture juridique*, ALLAND (D.), RIALS (S.) (sous la direction de), Paris, Lamy-PUF, Quadrige, 2003, p. 1201.
- MOTULSKY (H.), « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », in MOTULSKY (H.), *Écrits, études et notes de procédure civile*, préface CORNU (G.), FOYER (J.), Paris, Dalloz, 1973, p. 101.
- *Encyclopédie juridique Dalloz, Répertoire international*, FRANCESKAKIS (Ph.) (sous la dir. de), t. II, 1969, v° « Procédure civile et commerciale ».
- MOULY (C.), rapport sur « Les revirements de la jurisprudence de la Cour de cassation », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993, Paris, La documentation française, 1994, p.123.
- MOUTON (J.-D.), « Effet utile », in *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, BARAV (A.), PHILIP (C.) (sous la dir. de), Paris, PUF, 1993.
- NORMAND (J.), « Principes directeurs du procès », *Juris-cl. Proc. civ.*, fasc. 152
- OST (F.), « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », in *L'interprétation en droit, Approche pluridisciplinaire*, KERCHOVE (M. VAN DE) (publié sous la dir. de), Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1978, p. 97.
- OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), « Interprétation », in *Vocabulaire fondamental du droit, A.P.D.*, t. 35, 1990.165.
- PATTARO (E.), « Les principes généraux du droit entre raison et autorité », in *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Bruxelles, éd. Nemesis, VASSART (P.) (études publiées par), HAARSCHER (G.), INGBER (L.), VANDER ELST (R.) (sous la dir. de), 1988, 273.
- PERDRIAU (A.), « Les dispositions implicites des jugements », *J.C.P.* 1988.I.3288.
- PERELMAN (Ch.), « La règle de justice formelle », *Dialectica (Revue internationale de philosophie de la connaissance)*, tirage à part, 1960, p. 230.
- « Essai de synthèse », in *Les Antinomies en droit*, PERELMAN (Ch.) (sous la dir. de), Bruxelles, Bruylant, Travaux du centre national de recherches de logique, 1965, p. 392.
 - « L'interprétation juridique », *A.P.D.*, t. 17, 1972.29.
 - « Argumentation », in *Encyclopaedia universalis*, Paris, Encyclopaedia universalis, 2002.
- PEREZ PERDOMO (R.), « L'argument d'autorité dans le raisonnement juridique », *A.P.D.* 1971.227.
- PFERSMANN (O.), « Antinomies », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, ST. RIALS (sous la dir. de), Paris, Lamy-PUF, Quadrige, 2003, p. 67.
- POLLAUD-DULIAN (F.), « À propos de la sécurité juridique », *RTDciv.* 2001.487.

- PUTMAN (E.) « Le ‘syncrétisme’ dans la réalisation du droit d’après Henri Motulsky », *R.R.J.* 1992.4.952.
- PY (P.), *Encyclopédie juridique Dalloz, Répertoire de droit civil*, RAYNAUD (P.), AUBERT (J.-L.), v° « Hôtelier ».
- RAYNAUD (P.), « L’interprétation de l’article 334-9 du code civil », *D. chr.* 1975.257.
- ROUZET (G.), « Le point sur la virgule (art. 10, al. 1, de la loi du 17 mars 1909) », in *Les activités et les biens de l’entreprise, Mélanges offerts à Jean DERRUPPÉ*, GLN JOLY, Litec, 1991, p. 355.
- SALEILLES (R.), « Allocution », in *Les méthodes juridiques, Leçons faites au Collège libre des sciences sociales en 1910*, par F. LARNAUDE, H. BERTHÉLEMY, A. TISSIER, H. TRUCHY, E. THALLER, PILLET, E. GARÇON, F. GÉNY, préface P. DESCHANEL, Paris, V. Giard & E. Brière Libraires-Éditeurs, 1911, p. XV.
- SALMON (J. J. A.), « Quelques observations sur la qualification en droit international public », in *La motivation des décisions de justice*, PERELMAN (Ch.), FORIERS (P.) (études publiées par), Travaux du centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 345.
- SAUVEL (T.), « Essai sur la notion de précédent », *D. chr.* 1955.93.
- SAVATIER (R.), « Les creux du droit positif au rythme des métamorphoses d’une civilisation », in *Le problèmes des lacunes en droit*, PERELMAN (Ch.) (études publiées par), Bruxelles, Bruylant, Travaux du centre national de recherches de logique, 1968, p. 521.
- SÉRIAUX (A.), « Le juge au miroir, L’article 5 du Code civil et l’ordre juridictionnel français contemporain », in *Mélanges Christian Mouly*, t. 1, Paris, Litec, 1998, p. 171.
- SILANCE (L.), « Un moyen de combler les lacunes en droit : l’induction amplifiante », in *Le problèmes des lacunes en droit*, PERELMAN (Ch.) (études publiées par), Bruxelles, Bruylant, Travaux du centre national de recherches de logique, 1968, p. 489.
- SOULEAU (Ph.), « La logique du juge », in *La logique judiciaire*, Paris, PUF, Travaux et recherches de la faculté de et des sciences économiques de Paris, Série « droit privé », 5^{ème} colloque des instituts d’études judiciaires, 1969, p. 53. OK
- TALON (D.), « Précédent », *Dictionnaire de la culture juridique*, ALLAND (D.), RIALS (S.) (sous la direction de), Paris, Lamy-PUF, Quadrige, 2003, p. 1185.
- TAMMELLO (I.), « La “ratio decidendi” et la règle de droit », in *La règle de droit*, PERELMAN (Ch.) (études publiées par), Bruxelles, Bruylant, Travaux du centre national de recherches de logique, 1971, p. 123.
- TROPER (M.), « Interprétation », in *Dictionnaire de la culture juridique*, ALLAND (D.), RIALS (S.) (sous la direction de), Paris, Lamy-PUF, Quadrige, 2003.
- VILLEY (M.), « Préface », in *L’interprétation dans le droit*, A.P.D. N° 17, 1972.3.

- « Modes classiques de l'interprétation du droit », in *L'interprétation dans le droit*, A.P.D. N° 17, 1972.71.

WACHSMANN (P.), v° « Qualification », in *Dictionnaire de la culture juridique*, ALLAND (D.), RIALS (S.) (sous la direction de), Paris, Lamy-PUF, Quadrige, 2003.

WELKENHUYZEN (A. VAN), « Autorité et raison dans l'argumentation juridique », in *Arguments d'autorité et arguments de raison en droit*, Bruxelles, éd. Nemesis, VASSART (P.) (études publiées par), HAARSCHER (G.), INGBER (L.), VANDER ELST (R.) (sous la dir. de), 1988, p. 9.

WROBLEWSKI (J.), « interprétation », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, A.-J. ARNAUD (sous la dir. de), Paris, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 1993.

IV.- CONCLUSIONS, RAPPORTS, OPINIONS, DÉCISIONS ET NOTES

ACKNER (Lord), opinion, Cour d'appel d'Angleterre, 19 févr. 1982, *McKAY and another v Essex Area Health Authority and another*, *The All England Law Reports*, 1982, pp.784-788.

ANCEL (B.), LEQUETTE (Y.), note sous, Ch. mixte, 24 mai 1975, *J. Vabre* et CE (Ass.), 20 octobre 1989, *Nicolo*, *GADIP*, N° 55-56.

ATKIN (Lord), opinion, House of Lords, *Donoghue (or McAlister) v Stevenson*, 26 mai 1932, *The All England Law Reports*, 1932.578.

BOULOIS (J.), CHEVALLIER (R.-M.), note sous, CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, *GACJCE*, N° 31

BOYSSIC, conclusions, Civ. 2^{ème}, 20 juillet 1987, *R.* 1987.24.

BUCKMASTER (Lord), opinion, House of Lords, *Donoghue (or McAlister) v Stevenson*, 26 mai 1932, *The All England Law Reports*, 1932.566.

CABANNES (J.), conclusions, Ass. Plén., 15 avril 1988, *D.* 1988.325.

CAPITANT (H.), TERRE (F.), LEQUETTE (Y.), note sous,

- Ch. réun., 24 avril 1862, *Berthon*, *GACIV*, N° 28.
- Req. 15 juin 1892, *Patureau*, *GACIV*, N° 227.
- Ch. réun., 13 février 1930, *Jand'heur*, *GACIV*, N° 193.
- Civ., 4 août 1942 et Civ. 2^{ème} et 23 mars 2000, *GACIV*, N° 191-192.

Conseil Constitutionnel,

- 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, *GDCC*, N° 19.
- 17 janvier 1979, *Conseil des Prud'hommes*, 78-101 DC, *Rec.* p. 23.

Conseil d'État,

- 20 octobre 1989, *Nicolo*, *GADIP*, N° 55-56.
- 30 octobre 1998, *Sarran*, *A.J.D.A.*, 1998.1098, chron. F. RAYNAUD, P. FOMBEUR, *D.* 2000.152, note E. AUBIN, *R.D.P.* 1999.919, note J.-F. FLAUSS, *RTDciv.* 1999.232, obs. N. MOLFESSIS.

Cour d'appel,

- Paris (Cour royale de), 13 juin 1814, *GADIP*, N° 1.
- Paris, 6 décembre 1923, *D.* 1923.2.188.
- Riom, 21 oct. 1946, *D.* 1947.90, note J. CARBONNIER.
- Grenoble, 9 févr. 1987, *D.* 1987.245.
- Paris, 10 juill. 1990, *J.C.P.* 1990.IV.248.
- Colmar, 31 janv. 1992, *J.C.P.* 1992.IV.1843.

Cour de Cassation,

- Req., 18 mars 1807, *S.* 1807.1.361.
- Sect. réun., 2 février 1808, *GACIV*, *Lubert*, N° 159, p. 108.
- Ch. réunies, 24 avril 1862, *Berthon*, *GACIV*, N° 28, p. 160.
- Req., 28 août 1871, *GACIV*, N° 236.
- Civ., 15 avril 1872, *GACIV*, N° 160, p. 111.
- Req. 15 juin 1892, *Patureau*, *GACIV*, N° 227.
- Civ., 3 février 1896, *DP.* 1898.1.502.
- Civ., 6 avril 1903 (*DP* 1904.1.395, concl. BAUDOIN.
- de Belgique, Cass., 27 mai 1909, *Pasicrisie* 1909.I.272.
- Req., 17 nov. 1925, *S.* 1926.1.121, note A. BRETON.
- Ch. réunies, 13 février 1930, *Jand'heur*, *DP* 1930.I.57, rapp. LE MARC'HADOUR, concl. MATTER, note Ripert ; *GACIV*, N° 193.
- Crim., 8 mars 1930, *D.P.* 1930.1.101, note VOIRIN.
- Civ., 1 janvier 1922, *GACIV*, N° 177.
- Civ. 4 août 1942, *GACIV*, N° 191-192.
- Soc., 19 juin 1947, *Gaz. Pal.* 1947.2.84.
- Civ., 12 mars 1954, *D.* 1953.311.
- Civ., 1^{ère} sect., 30 octobre 1962, *GADIP*, N° 37.
- Civ. 1^{ère}, 2 déc. 1968, *J.C.P.* 1969.II.15775, concl. LINDON.
- Civ. 1^{ère}, 11 mars 1969, *Bull. civ. I*, n° 108.
- Civ. 3^{ème}, 13 juin 1969, *Bull. civ. III*, n° 481.
- Civ. 2^{ème}, 6 mai 1970, *D.* 1970.528.
- Civ. 1^{ère}, 27 mai 1970, *Weiss*, *GADIP*, N° 49.
- Civ. 2^{ème}, 1^{er} juin 1972, *D.* 1972.554.
- Ch. mixte, 24 mai 1975, *Jacques Vabre*, *D.* 1975.497, concl. TOUFFAIT ; *GADIP* N°55-56.
- Civ. 1^{ère}, 9 juin 1976, *GACIV*, N° 42.
- Civ. 2^{ème}, 5 mai 1977, *Bull. civ. II*, n° 118.
- Com., 22 mai 1978, *Bull. civ. IV*, n° 139.
- Civ. 2^{ème}, 30 nov. 1977, *Gaz. Pal.* 1978.1, somm. p. 77.
- Civ. 3^{ème}, 5 mars 1980, *Bull. civ. III*, n° 52.
- Civ. 3^{ème}, 9 mars 1982, *Bull. civ. III* n° 60.
- Civ. 1^{ère}, 22 octobre 1985, *J.D.I.*, 1986.1005, note G. WIEDERKEHR.
- Civ. 2^{ème}, 5 mars 1986, *Bull. civ. II*, n° 28.

- Civ. 2^{ème}, 20 juillet 1987, *GACIV*, N° 223 ; *R.* 1987.24, concl. BOUYSSIC.
- Civ. 1^{ère}, 20 octobre 1987, *J.D.I.* 1988.446, note A. HUET, *Rev. Crit.* 1988.540, note Y. LEQUETTE.
- Ass. plén., 15 avril 1988, *D.* 1988.325, concl. J. CABANNES, note J. MAURY ; *J.C.P.* 1988.II.21066, rapp. GRÉGOIRE, note J.-F. BARBIÉRI.
- Civ. 1^{ère}, 26 février 1991, *Bull. civ. I*, n° 78, *RTDciv.*, 1992.141, obs. GAUTIER.
- Civ. 2^{ème}, 24 mai 1991, *Bull. civ. II*, n° 155.
- Civ. 2^{ème}, 3 juillet, 1991, *Bull. civ. II*, n° 201 ; *RTDciv.* 1991.763, obs. P. JOURDAIN.
- Ass. plén., 12 juillet 1991, *Besse*, *GACIV* N° 171-174, *RJDA* 1991.583, concl. R. MOURIER, rapp. P. LECLERCQ.
- Ass. plén., 11 décembre 1992 (deux arrêts), *René X, Marc X*, *J.C.P.* 1993.II.21991, concl. M. JÉOL, note G. MÉMETEAU.
- Ass. Plén., 2 avril 1993, *D.* 1993.373, concl. M. JÉOL.
- Com., 9 mai 1995, *Lapidor*, *J.C.P.* 1995.II.22448, rapp. J.-P. RÉMERY, *D.* 1996.322, note G. LOISEAU.
- Civ. 2^{ème}, 20 mars 1996, *Bull. civ. II*, n° 67.
- Civ. 1^{ère}, 14 mai 1996, *D.* 1996.537, rapp. THIERRY.
- Com., 14 mai 1996, *Société Rolex*, *D.* 1996.503, rapp. H. LE DAUPHIN.
- Civ. 2^{ème}, 2 avril 1997, *Bull. civ. II* n° 157.
- Civ. 1^{ère}, 1^{er} juillet 1997, *Bull. civ. I*, n° 221.
- Civ. 1^{ère}, 2 décembre 1997, *D. Fam.* 1998, n° 35, obs. H. LECUYER.
- Civ. 2^{ème}, 4 mars 1998, *Bull. civ. II*, n° 65 ; *D. inf. rap.* 1998.95.
- Civ. 1^{ère}, 3 févr. 1999, *D.* 1999.267, rapport X. SAVATIER.
- Civ. 1^{ère}, 13 avr. 1999, *D.* 1999, *inf. rap.*, p. 135.
- Civ. 1^{ère}, 21 mars 2000, *D.* 2000.593, note ATIAS.
- Civ. 2^{ème}, 23 mars 2000, *GACIV*, N° 191-192.
- Ass. Plén., 2 juin 2000, *Fraisse, Petites Affiches*, 2000, n° 201, p. 8, note B. LAMY, P. DEUMIER, *RTDciv.* 2000.672, obs. R. LIBCHABER.
- Ass. plén., 17 nov. 2000, *Perruche*, *J.C.P.* 2000.II.10438, rapp. P. SARGOS, concl. contraires J. SAINTE-ROSE, note F. CHABAS.
- Civ. 1^{ère}, 9 oct. 2001, *D.* 2001.3740, rapp. SARGOS, note THOUVENIN ; *RTDciv.* 2002.176, obs. R. LIBCHABER.
- Civ. 1^{ère}, 25 juin 2002, *D.* 2003.155, note Ph. STOFFEL-MUNCK.
- Ass. Plén., 29 octobre 2004, *D.* 2004.3175, note D. VIGNEAU.

Cour de justice des Communautés européennes,

- 15 juillet 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, aff. C-6/64, *Rec.* 1964.1179, concl. M. LAGRANGE.
- 6 oct. 1976, *Tessili*, *Rev. Crit.* 1977.751, note Gothot et Holleaux.
- 17 juin 1992, *Jakob Handte et Cie c. TMCS*, aff. C-26/91, *Rec.* 1992.I.3967, concl. JACOBS, *Rev. crit. DIP* 1992.726, note H. GAUDEMET-TALLON.
- 30 avril 1996, *P contre S et Cornwall County Council*, concl. TESAURO, aff. C-13/94, *Rec.* 1996.I.02143.

DAUPHIN (H. LE), rapport, Com., 14 mai 1996, *Société Rolex*, *D.* 1996.502.

FAVOUREU (L.), L. PHILIP (L.), note sous, Cons., 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, *GDCC*, N° 19.

- HOBHOUSE OF WOODBOROUGH (Lord), opinion, House of Lords, 10 avril 2003, *Bellinger v Bellinger*, *The All England Law Reports*, 2003, t. 2, p. 593, n° 71-79; <http://www.publications.parliament.uk..>
- HOPE of CARAIHEAD (Lord), opinion, House of Lords, 10 avril 2003, *Bellinger v Bellinger*, *The All England Law Reports*, 2003, t. 2, p. 593, n° 56-70; <http://www.publications.parliament.uk>.
- JACOBS, conclusion, 17 juin 1992, *Jakob Handte et Cie c. TMCS*, aff. C-26/91, *Rec.* 1992.I.3967.
- LAMY (B.), P. DEUMIER (P.), note sous, Ass. Plén., 2 juin 2000, *Fraisse, Petites Affiches*, 2000, n° 201, p. 8.
- JÉOL (M.), conclusions, Ass. plén., 11 décembre 1992 (deux arrêts), *René X, Marc X*, *J.C.P.* 1993.II.21991, note G. MÉMETEAU.
- Ass. Plén., 2 avril 1993, *D.* 1993.373.
- LECUYER (H.), obs. sous, Civ. 1^{ère}, 2 décembre 1997, *D. Fam.* 1998, n° 35.
- MACMILLAN (Lord), opinion, House of Lords, *Donoghue (or McAlister) v Stevenson*, 26 mai 1932, *The All England Law Reports*, 1932.605.
- MATTER (P.), conclusions, Ch. réunies, 13 février 1930, *D.P.* 1930.64.
- MAURY (J.), note sous Montpellier, 18 décembre 1984, *D.* 1985.208.
- MOURIER (R.), conclusions, Ass. plén., 12 juillet 1991, *Besse*, *RJDA* 1991.583. (OK)
- NICHOLLS OF BIRKENHEAD (Lord), opinion, House of Lords, 10 avril 2003, *Bellinger v Bellinger*, *The All England Law Reports*, 2003, t. 2, p. 593, n° 1-55; <http://www.publications.parliament.uk>.
- RÉMERY (J.-P.), Com., 9 mai 1995, *Lapidor*, *J.C.P.* 1995.II.22448, *D.* 1996.322, note G. LOISEAU.
- SAINTE-ROSE (J.), conclusions (contraires), Ass. plén., 17 nov. 2000, *J.C.P.* 2000.II.10438.
- SARGOS, (P.), rapport, Ass. plén., 17 nov. 2000, *J.C.P.* 2000.II.10438.
- SAVATIER (X.), rapport, Civ. 1^{ère}, 3 févr. 1999, *D.* 1999.267.
- STEVENSON (Lord), opinion, Cour d'appel d'Angleterre, *McKAY and another v Essex Area Health Authority and another*, 19 févr. 1982, *The All England Law Reports*, 1982, pp. 774-784.
- STOFFEL-MUNCK (Ph.), note sous, Civ. 1^{ère}, 25 juin 2002, *D.* 2003.155.
- TESAURO, conclusions, CJCE, 30 avril 1996, *P contre S et Cornwall County Council*, aff. C-13/94, *Rec.* 1996.I.02143.

THIERRY (J.), rapport, Civ. 1^{ère}, 14 mai 1996, *D.* 1996.537.

TOMLIN (Lord), opinion, House of Lords, *Donoghue (or McAlister) v Stevenson*, 26 mai 1932, *All England Law Reports*, 1932.599.

TOUFFAIT, conclusions, Ch. mixte, 24 mai 1975, *D.* 1975.497.

Tribunal civil

- Bordeaux, 9 juin 1924, *Gaz. pal.* 1924.2.201.
- Seine, 24 avril 1959, *J.C.P.* 1952.II.7108.

Tribunal correctionnel d'Orléans, 29 novembre 1950, *J.C.P.* 1951.II.6195, note J. LARGUIER ; *D.* 1951.246, note A. TUNC.

Tribunal de grande instance,

- Arcachon, 17 janvier 1975, *D.* 1976.506, note BIHL.
- Paris, 23 oct. 1996, *J.C.P.* G 1997.II.22844, obs. E. DERIEUX.

VAREILLE (B), obs. sous Civ. 1^{ère}, 9 mars 1994 et 12 juillet 1994, *RTDciv.* 1996.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(les numéros renvoient aux paragraphes)

- A -

Abstraction : 69 et s.

Absurde : 831 et s.

Acte de langage :

- acte locutoire : 225
- acte illocutoire : 225
- acte perlocutoire : 225
- notion d' - : 222 et s.

Amphibologie : 288

Analogie :

- analogie d'ensemble, v. *Induction*
- analogie juridique : 756
- analogie rhétorique : note n° 1376.
- analogie simple : 756

Antinomie : 316

Argument :

- de l'(in)-adaptation de l'hypothèse à la réalité : 795
- d'analogie (*a simili, a pari*), v. *Analogie*
- apagogique (argumentation par l'absurde), v. *Absurde*
- d'autorité, v. *Autorité*
- de compatibilité normative : 722 et s.
- de cohérence, v. *Cohérence*
- *a contrario* : 783 et s.
- de la crainte du précédent : 850
- de direction : 849 et s.
- de l'effet pervers : note n° 1546
- de l'effet utile : note n° 1202
- fondés sur le principe d'égalité : 749 et s.
- du fondement juridique : 729 et s.
- *a fortiori* : 780 et s.
- imbrication d' - : 541
- moyen-fin : 736 et s.
- de la nécessité d'adapter le droit au changement : 800
- notion d' - : 528
- pragmatique, v. *Pragmatique*

- de la praticabilité et du risque : 853
- du précédent, v. *Précédent*
- de raison : 617 et s.
- de la sécurité juridique : 747
- du sens clair, v. *Sens clair*
- du sens littéral : 655 et s.
- de la séparation des pouvoirs, v. *Séparation des pouvoirs*
- de texte : 643 et s.
- des travaux préparatoires, v. *Autorité*
- de l'unité du droit : 747

Argumentation : 527

Autorité

- argument d' - : 603 et s.
- contraignante (juridique, de jure, normatives) : 623 et s.
- de la doctrine : 627 et s.
- de l'histoire et de la tradition : 649 et s.
- du législateur : 636
- non contraignante (morale, de facto, persuasive) : 623 et s.
- notion d' : 604 et s.
- des textes : 643
- des travaux préparatoires : 639

- C -

Catégories : 386

Cessante ratione legis, cessat lex : 748

Choix entre solutions possibles : 410 et s.

Cohérence :

- horizontale : 700 et s.
- notion de - : 679 et s.
- proprement dite : 685 et s.
- verticale : 700 et s.

Communis opinio doctorum : 627

Compatibilité : 671 et s.

Concept :

- de fait et de droit : 387
- flou : 360
- notion de : 149 ; 386

Concrétisation du droit :

- notion de - : 113 et s.
- espace de - : 130 ; 136

Concrétude : 90

Conflit de critères (de second degré) : 338 et s.

Conflit de lois :

- définition du - : 303 et s.
- alternatif : 315
- apparent : 326
- cumulatif : 313
- dans l'espace : 308
- exclusif : 316
- réel : 326
- dans le temps : 309

Consistance : 685 et s.

Contexte :

- d'application : 293
- d'énonciation : 288
- la notion de - : 198 et s.

Contradiction :

- dans l'argumentation : 675
- en logique formelle : 671

- D -

Définition :

- analytique : 61
- complexité des - : 292
- en compréhension : 268
- en extension : 268
- génétique : 61
- ostensive : note n° 750
- topique : 61

Distinguishing : 567

Doctrine du sens clair, v. *Sens clair*

- E -

Effet juridique, v. *Règle de droit*

Égalité (principe d'), v. *Justice formelle*

Enthymème : note n° 42

Esprit de la loi : 215 et s.

Exceptio est strictissimae interpretationis : 788

Expérience mentale : 843

- F -

Fait et droit : 387

Finalités (des règles de droit) : 690 et s.

- G -

Généralité :

- absolue : 71
- collective : 98
- par degrés : 89
- relative : 71

- H -

Histoire :

- des actions directes : 723 (arrêt *Besse*) ; 738 (arrêt *Jakob Handte*)
- des canetons engraisés : 738
- guérisseur compétent : 305
- l'enfant né handicapé : 629
- de la fille accidentée : 233
- du forçat : 188
- des fresques : 164
- du marchand d'engrais : 125
- de la supériorité des traités : 430 (arrêt *Costa c. E.N.E.L.*) ; 339 (arrêt *Vabre*)
- des transsexuels : 502 ; 505 (arrêt *Bellinger v Bellinger*)
- de la veuve Emmanuel : 422

Homonymie : note n° 520

Hypothèse juridique :

- définition en compréhension de l'- : 478
- déinition en extension de l'- : 480
- notion d' : 31; 475 et s.

- I -

Imagination (du juge) : 486 et s.

Inclusionem unius fit exclusio alterius : note n° 1418

Incompatibilité, v. *Compatibilité*

Induction :

- amplifiante : note n° 1406
- complète : note n° 1406
- notion d' - : 769 et s.

Interpretatio cessat in claris : 274

Interprétation :

- conception intermédiaire de l' : 456 et s.
- conception large de l' : 461 et s.
- conception restrictive de l' : 452 et s.
- téléologique : 737
- notion d' - : 444 et s.

Intuition : 486

- J -

Justice formelle : 103 et s. ; 749

- L -

Lacune de la loi :

- *contra legem* : 365
- *intra legem* : 358
- de délégation : 360
- *preater legem* : 362

Langage :

- fonction de communication du - : 141
- fonction d'organisation du - : 139
- juridique : 143
- ordinaire : 143

Législateur :

- concept de - : 447
- intention du - : 182

Lex posterior derogat legi priori : 328-329

Lex specialis derogat legi generali : 328 ; 331

Lex superior derogat legi inferiori : 328 ; 330

Logique :

- au sens large : 751
- au sens strict (formelle) : 752

- M -

Métaphore : note n° 1376

Méthode :

- de découverte (heuristique) : 16 ; 52
- de justification : 16 ; 52
- notion de : 2

Méthodologie :

- descriptive : 3 ; 26 ; 39
- normative : 3 ; 39
- notion de - : 2

Métonymie : 607

- O -

Obiter dictum : 567

Obscurité de la loi : 274

- P -

Polysémie :

- externe : 286
- interne : 287
- notion de : 284

Polysyllogisme : 11

Pragmatique

- argument- : 813
- notion de - : 223

Précédent : 545 et s.

Présumé, v. *Règle de droit*

Principe :

- de droit : 121 ; 694
- d'égalité, v. *Justice formelle*

Problème :

- notion de - : 43 ; 266 ; 887
- de conflit de lois, v. *Conflit de lois*
- de lacune de la loi, v. *Lacune de la loi*
- d'obscurité de la loi, v. *Obscurité de loi*
- de qualification, v. *Qualification*

- Q -

Qualification : 161 et s. ; 374 et s.

- concept qualificateur : 386
- objet de la - : 381
- opération de : 389
- pré- : 165 ; 383
- résultat de la - : 396

Qui dicit de uno, negat de altero : 783

- R -

Raisonnement :

- analytique : 529
- dialectique : 529
- judiciaire : note n° 56
- juridique : 43 ; note n° 56
- régressif (ou ascendant) : 15 ; 23

Ratio decidendi : 119 ; 565 et s.

Ratio legis : 448 ; 736

Réalisation du droit : 12

Référent : 158 ; 219

Règle de droit : 7

- S -

Sens :

- abstrait : 185 et s.

- clair : 274 et s. ; 301
- concret : 185 et s.
- contextuel : 199 et s.
- direction : 242 et s.
- explicite : 209 et s.
- implicite : 209 et s.
- littéral : 209 et s.
- pour l'interprète : 249 et s.
- pour le législateur : 249 et s.
- obscur : 274 et s. ; 301
- référentiel : 219
- signification : 242 et s.

Sentiment : 486

Séparation des pouvoirs :

- argument de la- : 800
- répartition des pouvoirs : 509

Signe linguistique :

- conventionnalité du - : 167
- signifiant : 147 et s.
- signifié : 147 et s.

Signification, v. aussi *Sens*

- élémentaire : 246 et s.
- d'ensemble : 246 et s.
- espace de - : 138 ; 183

Silence de la loi : 346 et s.

Subsorption : 11 ; 394

Syllogisme juridique :

- notion de- : 7 et s.
- régressif (ou ascendant) : 15 ; 23

Sycrétisme juridique : 32 ; 492

- T -

Test :

- d'adéquation : 793 et s.
- des autorités, v. *Autorité*
- de cohérence, v. *Cohérence*
- de compatibilité, v. *Compatibilité*

- des conséquences : 812 et s.
- notion de- : 537
- du précédent, v. *Précédent*

- U -

Ubi eadem ratio, ibid idem ius : 760

TABLE DES MATIERES

(Les numéros renvoient aux pages)

INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	1
 PREMIÈRE PARTIE	
 LA DÉFINITION DES HYPOTHÈSES JURIDIQUES.....	31
 Titre I LE LIEU DES HYPOTHÈSES JURIDIQUES : LA RELATION ENTRE LE LÉGISLATEUR ET LE CAS PARTICULIER	35
 <i>Chapitre I LE RAPPORT ENTRE LE JUGE ET LE CAS PARTICULIER : LA CONCRÉTISATION DU DROIT.....</i>	<i>37</i>
 SECTION I LA DISTINCTION ENTRE RÈGLES ET DÉCISIONS.....	37
§ I – LE CARACTÈRE GÉNÉRAL ET ABSTRAIT DES RÈGLES	38
§ II – LE CARACTÈRE SINGULIER ET CONCRET DES DÉCISIONS.....	47
 SECTION II LES DEGRÉS D’ABSTRACTION DU DROIT	51
§ I – LE DEGRÉ DE GÉNÉRALITÉ ET D’ABSTRACTION ABSOLU DES RÈGLES DE DROIT : LA RÈGLE DE JUSTICE FORMELLE	52
§ II – LES DEGRÉS INTERMÉDIAIRES D’ABSTRACTION DES RÈGLES DE DROIT	56
A. – LA DÉDUCTION D’UNE RÈGLE CONCRÉTISANTE	58
B. – L’INDUCTION D’UN PRINCIPE	61
Conclusion du chapitre I.....	66
 <i>Chapitre II LE RAPPORT ENTRE LE JUGE ET LE LÉGISLATEUR : LA SIGNIFICATION DU DROIT</i>	<i>69</i>
 SECTION I LES ASPECTS GÉNÉRAUX DE LA NOTION DE SIGNIFICATION	72
§ I – LA PRÉSENTATION DU SIGNE LINGUISTIQUE.....	73
§ II – LE SENS N’EST PAS UNE RÉALITÉ AUTONOME PAR RAPPORT À L’INTERPRÈTE	74
§ III – LE MOT NE SIGNIFIE PAS UNE CHOSE NI UNE IDÉE.....	76
§ IV – LE CARACTÈRE PARTAGÉ OU SOCIAL DES SIGNIFICATIONS	82
§ V – LE CARACTÈRE HISTORIQUE ET CULTUREL DES SIGNIFICATIONS.....	85
 SECTION II LES ASPECTS SPÉCIFIQUES DE LA NOTION DE SIGNIFICATION	90
§ I – LA DISTINCTION ENTRE LE SENS ABSRTRAIT ET SENS CONCRET.....	91
A. – LA PRÉSENTATION DE LA DISTINCTION	91
B. – LA NOTION DE SENS CONTEXTUEL	96
§ II – LA DISTINCTION ENTRE SENS EXPLICITE ET SENS IMPLICITE	101

A. – LA PRÉSENTATION DE LA DISTINCTION	101
B. – LA DISTINCTION ENTRE LA LETTRE ET L'ESPRIT DE LA LOI	105
§ III. – LA DISTINCTION ENTRE LE SENS RÉFÉRENTIEL ET LA FORCE DES ÉNONCÉS	107
A. – LE SENS RÉFÉRENTIEL	107
B. – LA FORCE DES ÉNONCÉS	109
a) La théorie des actes de langage	109
b) L'application au droit du concept de force des énoncés	114
§ IV. – LA DISTINCTION ENTRE SENS-SIGNIFICATION ET SENS-DIRECTION	121
§ V. – LA DISTINCTION ENTRE SIGNIFICATIONS ÉLÉMENTAIRES ET SIGNIFICATIONS D'ENSEMBLES	124
§ VI. – LE SENS POUR LE LÉGISLATEUR ET LE SENS POUR L'INTERPRÈTE	126
Conclusion du titre I	129

TITRE II LA SOURCE DES HYPOTHÈSES JURIDIQUES : LES PROBLÈMES DE DROIT 133

Chapitre I LA DÉFINITION EN EXTENSION DE LA NOTION DE PROBLÈME JURIDIQUE.... 137

SECTION I LE PROBLÈME DE L'OBSCURITÉ DE LA LOI.....	138
§ I – LES CONCEPTS DE CLARTÉ ET D'OBSCURITÉ DE LA LOI	138
§ II – APPRÉCIATION CRITIQUE	141
A. – LE CARACTÈRE INTENABLE DE LA « DOCTRINE DU SENS CLAIR »	141
B. – LE CARACTÈRE CONTEXTUEL DE LA CLARTÉ DE LA LOI	144
a) La polysémie	145
b) L'indétermination inhérente aux concepts	148
C. LES SOURCES POSSIBLES DE L'OBSCURITÉ DE LA LOI	151
SECTION II LE PROBLÈME DE CONFLIT DE LOIS.....	156
§ I – LE CONCEPT DE CONFLIT DE LOIS	156
A. – LA COMPRÉHENSION DU CONCEPT	156
B. – L'EXTENSION DU CONCEPT	161
a) Les espèces de conflits de lois : les conflits cumulatifs, alternatifs et exclusifs	161
b) Les degrés d'incompatibilité entre règles	164
§ II – APPRÉCIATION CRITIQUE	166
A. – LES INCERTITUDES INHÉRENTES À LA CONSTATATION DES CONFLITS DE LOIS	167
a) Les incertitudes relatives à l'existence d'un conflit	167
b) Les incertitudes relatives à la qualification d'un conflit	168
B. – LE REJET DE LA DISTINCTION ENTRE CONFLITS « RÉELS » ET CONFLITS « APPARENTS »	169
C. – LES DIFFICULTÉS INHÉRENTES À LA SOLUTION DES CONFLITS DE LOIS	170
a) La présentation des critères classiques de résolution des conflits	170
b) Les conflits de critères (les conflits de second degré)	176
SECTION III LE PROBLÈME DE LACUNE DE LA LOI.....	179
§ I – LE CONCEPT DE LACUNE DE LA LOI	179
A. – LA DISTINCTION ENTRE LE SILENCE ET LA LACUNE DE LA LOI	179
B. – LA DÉFINITION DU CONCEPT DE LACUNE	182
a) La compréhension du concept	183
b) L'extension du concept	185
§ II – APPRÉCIATION CRITIQUE	191

A. – LES INCERTITUDES RELATIVES AU CONSTAT DE L’EXISTENCE D’UNE LACUNE.....	191
B. – LES INCERTITUDES RELATIVES À LA QUALIFICATION D’UNE LACUNE.....	192
C. – LA DIFFICULTÉ SPÉCIFIQUE POSÉE PAR LA CATÉGORIE DES LACUNES <i>INTRA LEGEM</i>	194
SECTION IV LE PROBLÈME DE QUALIFICATION	195
§ I – LE CONCEPT DE QUALIFICATION	195
A. – PRÉSENTATION GÉNÉRALE DU CONCEPT	196
B. – ANALYSE DES ÉLÉMENTS DE LA DÉFINITION DU CONCEPT	199
a) L’objet de la qualification.....	200
b) Le concept qualificateur	202
c) L’opération de qualification.....	205
d) Le résultat de la qualification	209
§ II – APPRÉCIATION CRITIQUE.....	210
Conclusion du chapitre I.....	212
<i>Chapitre II LA DÉFINITION EN COMPRÉHENSION DE LA NOTION DE PROBLÈME</i>	
<i>JURIDIQUE.....</i>	<i>215</i>
SECTION I LE PROBLÈME D’INTERPRÉTATION DU DROIT	217
§ I – LES DEGRÉS D’INSUFFISANCE DE LA LOI.....	217
A. – LA PARENTÉ ENTRE LES DIFFÉRENTS TYPES DE PROBLÈMES JURIDIQUES.....	218
B. – UNE DIFFÉRENCE DE DEGRÉS ET NON DE NATURE	227
§ II – LA NOTION D’INTERPRÉTATION DU DROIT	232
A. – LE CARACTÈRE CRÉATEUR DE TOUTE INTERPRÉTATION	232
B. – LE CARACTÈRE EXTENSIF DE LA NOTION D’INTERPRÉTATION	237
a) Le rejet de la conception restrictive	237
b) Le rejet de la conception intermédiaire.....	240
c) L’adoption d’une conception large	242
SECTION II LES QUESTIONS DE CHOIX ENTRE INTERPRÉTATIONS POSSIBLES DU DROIT....	247
§ I – LA COMPRÉHENSION ET L’EXTENSION DE LA NOTION D’HYPOTHÈSE JURIDIQUE	247
§ II – LE FAUX PROBLÈME DE LA DÉCOUVERTE DES HYPOTHÈSES JURIDIQUES	252
A. – L’IMAGINATION DU JUGE	252
B. – LA LIMITE À L’IMAGINATION DU JUGE : LE PRINCIPE DE LA SÉPARATION DES	
POUVOIRS	260
Conclusion du titre II.....	264
Conclusion de la première partie	267

SECONDE PARTIE

LA MISE À L'ÉPREUVE DES HYPOTHÈSES JURIDIQUES..... 271

CHAPITRE I LE TEST DU PRÉCÉDENT..... 281

SECTION I LA NOTION DE PRÉCÉDENT..... 283

§ I – LE FONDEMENT DU PRÉCÉDENT..... 284

§ 2 – ESQUISSE DU RÉGIME JURIDIQUE DU PRÉCÉDENT 288

§ 3 – LE RAISONNEMENT EN TERMES DE PRÉCÉDENTS..... 291

SECTION II LA PRATIQUE DU PRÉCÉDENT 295

§ I – LA QUÊTE ABOUTIE..... 296

§ II – LA QUÊTE ÉCHOUÉE 300

Conclusion du chapitre I..... 306

Chapitre II LE TEST DES AUTORITÉS..... 309

SECTION I LA NOTION D'ARGUMENT D'AUTORITÉ..... 311

§ I – L'ARGUMENT D'AUTORITÉ DANS L'ARGUMENTATION GÉNÉRALE 311

A. – L'AUTORITÉ COMME QUALITÉ OU VALEUR 312

B. – L'ARGUMENT D'AUTORITÉ COMME PRÉSOMPTION 314

C. – LE REJET DE LA DISTINCTION ENTRE ARGUMENTS D'AUTORITÉ ET ARGUMENTS DE
RAISON 318

§ II – L'ARGUMENT D'AUTORITÉ DANS L'ARGUMENTATION JURIDIQUE 321

SECTION II LA DIVERSITÉ DES ARGUMENTS d'AUTORITÉ..... 324

§ I – L'AUTORITÉ DE LA DOCTRINE 325

§ II – L'AUTORITÉ DU LÉGISLATEUR 329

A. – L'AUTORITÉ DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DE LA LOI 330

B. – L'AUTORITÉ DES TEXTES 334

§ III – L'AUTORITÉ DE LA TRADITION ET DE L'HISTOIRE 337

§ IV – L'AUTORITÉ DU SENS LITTÉRAL..... 340

Conclusion du chapitre II 344

Chapitre III LE TEST DE COMPATIBILITÉ 347

SECTION I LA NOTION DE COMPATIBILITÉ..... 347

SECTION II LE TEST DE COHÉRENCE : LA COMPATIBILITÉ DE L'HYPOTHÈSE AVEC LE SYSTÈME JURIDIQUE..... 351

§ I – LA NOTION DE COHÉRENCE..... 351

A. – CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES SUR LA COHÉRENCE	351
B. – LA DISTINCTION ENTRE CONSISTANCE ET COHÉRENCE PROPREMENT DITE.....	353
C. – LES FACTEURS GÉNÉRATEURS DE COHÉRENCE PROPREMENT DITE : LES PRINCIPES ET FINALITÉS	355
a) La cohérence en termes de finalités.....	355
b) La cohérence en termes de principes.....	357
D. – LA DISTINCTION ENTRE COHÉRENCE HORIZONTALE ET COHÉRENCE VERTICALE	360
E. – LES COMPLICATIONS DE LA NOTION DE COHÉRENCE	365
§ II – LA DIVERSITÉ DES ARGUMENTS DE COHÉRENCE	369
A. – L’ ARGUMENT DE COMPATIBILITÉ NORMATIVE.....	369
B. – L’ ARGUMENT DU FONDEMENT JURIDIQUE.....	373
C. – L’ ARGUMENT MOYEN-FIN	378
D. – LES ARGUMENTS FONDÉS SUR LE PRINCIPE D’ÉGALITÉ	386
a) L’argumentation d’analogie.....	390
1. L’analogie simple : la notion traditionnelle.....	391
2. L’analogie d’ensemble : l’induction.....	397
b) L’argument <i>a fortiori</i>	402
c) L’argument <i>a contrario</i>	404
SECTION III LE TEST D’ADÉQUATION : LA COMPATIBILITÉ DE L’HYPOTHÈSE AVEC LE RÉEL	409
§ I – L’ ARGUMENT DE L’(IN-)ADAPTATION D’UNE HYPOTHÈSE À LA RÉALITÉ.....	409
§ II – L’ ARGUMENT DE LA NÉCESSITÉ D’ ADAPTER LE DROIT AU CHANGEMENT	412
Conclusion du chapitre III	415
Chapitre IV LE TEST DES CONSÉQUENCES	419
SECTION I L’ ARGUMENT PRAGMATIQUE	419
§ I – LA NOTION D’ ARGUMENT PRAGMATIQUE.....	420
§ II – LA DIVERSITÉ DES ARGUMENTS PRAGMATIQUES	429
A. – L’ ARGUMENTATION PAR L’ ABSURDE	429
a) La définition de l’argumentation par l’absurde.....	430
b) L’illustration de l’argumentation par l’absurde	433
B. – L’EXPÉRIENCE MENTALE.....	437
C. – L’ ARGUMENT DE DIRECTION	440
D. – L’ ARGUMENT DE LA PRATICABILITÉ ET DU RISQUE.....	442
SECTION II LES COMPLICATIONS DE L’ ARGUMENT PRAGMATIQUE	447
A. – L’INCERTITUDE DES CONSÉQUENCES INVOQUÉES	447
B. – L’INCERTITUDE DE L’ÉVALUATION DES CONSÉQUENCES INVOQUÉES	450
Conclusion du chapitre IV	452
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	455
CONCLUSION GÉNÉRALE	457
BIBLIOGRAPHIE	461
INDEX ALPHABÉTIQUE	483
TABLE DES MATIÈRES	493

