

LES CLASSES ET SOUS-CLASSES D'ARGUMENTS UTILISABLES POUR RÉPONDRE À UNE PROBLÉMATIQUE JURIDIQUE DE DROIT PRIVÉ

CONTRIBUTION À L'ÉLABORATION DES FONDAMENTAUX ÉPISTÉMOLOGIQUES DE LA FORMATION DES JURISTES À L'ARGUMENTATION

Franck HAID

Maître de conférences à l'Université d'Aix-Marseille, Laboratoire de théorie du droit

Résumé: Malgré l'importance de l'argumentation dans le travail quotidien du juriste, l'étude de l'argumentation juridique ne bénéficie que de peu de temps dans l'enseignement proposé par nos facultés de droit. Il conviendrait pourtant de donner aux juristes en formation des outils permettant de mieux appréhender cette opération fondamentale qui constitue le cœur du raisonnement juridique. À cette fin, nous proposons, dans cette étude, une classification des arguments utilisables pour répondre à une problématique juridique de droit privé. Elle est articulée autour de dix classes d'arguments, à l'intérieur desquelles nous distinguerons les principales sous-classes d'arguments pouvant être exploitées. La présentation de cette classification est illustrée à l'aide d'exemples issus d'avis d'avocats généraux, d'articles de doctrine ou d'arguments développés par les parties dans une vingtaine d'affaires afin d'envisager les ressorts sur lesquels s'appuient ces diverses catégories d'arguments et leur force de conviction.

Mots-clés: Argumentation juridique – Classes d'arguments – Cohérence du droit – Enseignement du droit – Interprétation – Jurisprudence – Méthodologie juridique – Problématique juridique – Raisonnement juridique

Abstract: *Despite the importance of argumentation in the daily work of the jurist, the study of legal argumentation have only little time in the teaching offered by our law schools. It would be advisable, however, to give trainee jurists the tools to better understand this fundamental operation that constitutes the heart of legal reasoning. To this end, we propose, in this study, a classification of the arguments that can be used to answer a legal problem. It is articulated around ten classes of arguments, within which we will distinguish the main sub-classes of arguments that can be exploited. The presentation of this classification is illustrated with the help of examples taken from several Avis d'Avocats Généraux, articles of legal doctrine or arguments developed by the parties in some twenty cases in order to consider the mainspring on which these various categories of arguments are based and their persuasive force.*

Keywords: *Case law – Classes of arguments – Coherence of law – Interpretation – Law teaching – Legal argumentation – Legal Methodology – Legal problem – Legal reasoning*

1. Une question en guise d'ouverture. L'étude de l'argumentation juridique ne devrait-elle pas occuper une plus grande place dans l'enseignement délivré au sein de nos facultés de droit? La question mérite, à nos yeux, d'être posée au regard de l'importance primordiale que revêt, dans le savoir-faire du juriste, la capacité d'élaborer, d'analyser ou d'évaluer une argumentation. Tout juriste expérimenté en conviendra: la maîtrise de l'argumentation juridique conditionne la capacité à raisonner en droit. Deux phrases de Christian Atias, dont le génie a tant de fois éclairé la réflexion sur l'argumentation juridique, nous paraissent parfaitement résumer la relation fusionnelle qu'entretiennent les juristes avec l'argumentation:

« Le travail quotidien des juristes sur le droit passe toujours par l'argumentation, par le travail sur des raisons, raisons de la loi, raisons de décider. Ils multiplient les arguments; ils les fourbissent comme des armes »¹.

Mais le temps n'étant pas une donnée extensible, l'argumentation n'est souvent abordée, dans nos facultés de droit, que dans le cadre de l'enseignement propre à chaque matière juridique, lorsque la personne chargée de dispenser cette matière parvient à lui accorder un peu d'espace, généralement à l'occasion d'une étude de cas. Pourtant, quel que soit son domaine de compétence, le juriste est inévitablement conduit à argumenter, que ce soit pour « délibérer avec soi-même »², afin de forger son opinion personnelle, ou pour contribuer à une délibération collégiale ou encore, bien entendu, pour tenter de convaincre un auditoire.

2. L'argumentation, un art au cœur de l'activité des juristes. Pour mesurer l'importance de l'argumentation dans la pratique des juristes, il convient de rappeler que, quelle que soit sa profession, le juriste est inéluctablement conduit à mettre en œuvre, et même à conjuguer, deux formes de raisonnement: d'une part, le raisonnement analytique, ou déductif, qui ne peut être mis en œuvre que lorsque cela est possible compte tenu de la clarté des textes applicables au regard de la situation factuelle envisagée et de l'absence manifeste d'argument plaidant pour une interprétation différente, et, d'autre part, le raisonnement dialectique, animé par le questionnement et l'argumentation, qui est destiné à trancher les difficultés

¹ Ch. ATIAS, « Le déclin de l'argument de justice », in *Jurisprudence. Revue critique*, Paris, Lextenso, 2012, p. 18.

² L'expression « délibérer avec soi-même » est employée par Ch. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 6^e éd., 2008, p. 53. Pour ces auteurs, « Le sujet qui délibère est considéré souvent comme une incarnation de l'auditoire universel ». C'est la raison pour laquelle ils estiment que l'argumentation destinée à soi-même est dénuée d'artifice: « il semble que l'homme doué de raison qui cherche à se faire une conviction ne peut que faire fi de tous les procédés visant à gagner autrui: il ne peut croire qu'être sincère avec lui-même et est, plus que quiconque, à même d'éprouver la valeur de ses propres arguments ».

lorsque l'application de ces textes ou l'absence de texte directement applicable fait naître des doutes sur ce que prévoit le droit pour la situation de fait examinée³.

Ces difficultés du droit sont au cœur de la formation des juristes. Tout au long de leur cursus, il leur est en effet demandé d'innombrables fois d'identifier la source du doute, de déterminer la question autour de laquelle se cristallise le désaccord, en formulant la fameuse « problématique juridique ». Mais cet exercice en fait naturellement naître un autre, encore plus délicat : apporter des éléments de réponse à cette problématique, en avançant des arguments, ou apprécier la réponse des juges à travers l'analyse des arguments ayant motivé ou ayant pu motiver leur décision.

Malheureusement, l'étude de ce second rouage essentiel du raisonnement juridique exige, bien évidemment, d'y consacrer du temps et ne semble pouvoir être correctement réalisée que de manière progressive. Or, pour l'heure, l'étude des fondamentaux de l'argumentation juridique ne bénéficie que rarement d'un enseignement spécifique lors des quatre premières années d'un cursus de droit et dépend donc généralement des efforts des enseignants qui tentent de transmettre, dans leurs cours relatifs à un domaine du droit, des éléments théoriques plus transversaux sur les techniques et les stratégies utilisables pour argumenter en droit⁴. Il est pourtant évident que ces études particulières seraient bien mieux

³ Ch. Perelman présente la distinction entre ces deux formes de raisonnements dès les premières pages de l'ouvrage *Logique juridique. Nouvelle rhétorique* : « 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 » ; « Les raisonnements dialectiques qu'Aristote a examinés dans les Topiques, la Rhétorique et les Réfutations sophistiques 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 », Ch. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 1999 (ouvrage paru initialement en 1979), p. 1-2. Sur la « mixité du raisonnement juridique », voir aussi J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique fondamentale et appliquée*, Paris, PUF, Thémis, 3^e éd., 2018, p. 163-174.

⁴ Parcourir les sites internet des facultés de droit des universités françaises permet de constater que, bien que nombre d'entre elles considèrent qu'un étudiant de Master doit avoir pour compétence générale de savoir « développer une argumentation », rares sont celles qui proposent à leurs étudiants de suivre un cours directement consacré à l'argumentation juridique lors des quatre premières années de formation (Licence 1 à 3 et Master 1). Ainsi, si l'on se fie aux informations données sur ces sites (consultés le 25 mars 2022) et à moins d'un oubli dans le recensement, lors des trois années de Licence, seules l'Université d'Artois et l'Université de Bordeaux proposent un enseignement directement consacré à l'argumentation juridique, mais apparemment sous la forme de travaux dirigés optionnels : la première propose aux étudiants de L2 un enseignement optionnel, équivalent à douze heures TD, consacré à l'« Argumentation et à la rhétorique juridique » ; la seconde propose une UE optionnelle « Projet rhétorique et éloquence », de vingt-et-une heures TD, ouverte de la Licence 1 à la Licence 3. Ce n'est qu'en Master 1 que certaines universités proposent aux étudiants en droit un cours consacré à l'argumentation : Aix-Marseille Université propose un cours de vingt-huit heures, consacré à l'« Argumentation et au raisonnement juridiques » ; l'Université de Bretagne occidentale propose une UE optionnelle « Technique de l'argumentation en droit » ; l'Université de Lille propose

comprises par les étudiants s'ils disposaient des éléments théoriques qui sous-tendent toute argumentation en droit.

L'enseignement de l'argumentation juridique ne mériterait-il pas plus de temps? Ne conviendrait-il pas de donner aux étudiants plus de clés relatives à cet exercice si particulier et si important dans la formation de l'esprit d'un juriste? Il nous semble que cela permettrait de mettre à disposition de nos étudiantes et de nos étudiants des outils capables de renforcer leur compréhension du droit et de mieux saisir, voire d'anticiper ses évolutions. Il convient, en effet, de garder à l'esprit qu'à l'origine d'une précision, d'une évolution ou d'un revirement jurisprudentiel, il y a certes la Cour de cassation ou le Conseil d'État ou une autre juridiction, mais il y a aussi et surtout des arguments qui ont su emporter la conviction de cette juridiction, en prenant le dessus sur les arguments qui pouvaient être avancés au soutien de la thèse adverse ou des autres thèses en présence. Toute évolution jurisprudentielle est ainsi précédée par des arguments en sa faveur. Les identifier et évaluer leur force permet d'essayer de prévoir les évolutions à venir.

3. Des obstacles sur le chemin. L'une des difficultés à laquelle se heurte l'ambition, que nous appelons de nos vœux, d'offrir aux étudiants en droit une formation générale à l'argumentation juridique plus substantielle réside dans la détermination de ce qu'il conviendrait de leur transmettre au travers de cette formation. Il est vrai que les ouvrages d'argumentation sont nombreux et souvent extrêmement riches, mais ces ouvrages n'ont généralement pas pour objet l'argumentation en droit, mais l'argumentation en général ou, dans une approche encore plus large, la rhétorique⁵. Or, les particularités de l'argumentation en droit et, plus encore, de l'argumentation permettant de répondre à une problématique juridique sont si importantes qu'elles rendent souvent délicate la transposition à la matière juridique des enseignements théoriques mis en lumière dans ces études. Ainsi, nombre de schémas ou systèmes d'argumentation (en anglais, « *argumentation schemes* ») analy-

une UE « Argumentation juridique » pour un volume horaire de quinze heures; l'Université Paris 8 – Vincennes – Saint-Denis propose aux étudiants du Master 1 Mention « Justice, Procès, Procédures » un cours intitulé « Art oratoire et technique de plaidoirie »; l'Université de Poitiers propose des « Simulation de procès ou de procédures » en Master 1 « Justice, Procès et procédures »; l'Université Paris-Saclay propose des « Ateliers débats contradictoires » à ses étudiants de Master 1; l'Université Jean Monnet de Saint-Etienne propose, au sein du Master « Justice, procès et procédures », un séminaire « Argumentation et simulation de procès » aux étudiants de Master 1 du Parcours pénal et un séminaire « Plaidoirie et argumentation juridique, étude de cas » pour ceux du Parcours civil.

⁵ Voir notamment, parmi les ouvrages en français, G. DECLERQ, *L'art d'argumenter. Structures rhétoriques et littéraires*, Paris, Mame, Éditions universitaires, 1997; M. DOURY, *Argumentation. Analyser textes et discours*, Paris, Armand Colin, 2016; M. DUFOUR, *Manuel d'argumentation*, Paris, Armand Colin, 2018; M. MEYER, *Principia rhetorica. Une théorie générale de l'argumentation*, Paris, Fayard, 2008; Ch. PLANTIN, *Dictionnaire de l'argumentation. Une introduction aux études de l'argumentation*, Lyon, ENS Éditions, 2016; O. REBOUL, *Introduction à la rhétorique*, Paris, PUF, 2^e éd., 2013; J.-J. ROBRIEUX, *Rhétorique et argumentation*, Paris, Armand Colin, 3^e éd., 2015.

sés dans les écrits consacrés à l'argumentation en général, qu'ils soient rédigés en langue française ou anglaise, ne peuvent être transposés à l'argumentation relative à une question de droit car ces schémas sont principalement induits de l'étude de conversations ou de dialogues de la vie de tous les jours (« *everyday conversation* »)⁶, de débats politiques⁷, de documents littéraires ou philosophiques⁸, d'articles de journaux, voire de publicités. Certes, le droit est régulièrement envisagé dans ces écrits, parce qu'il fournit des exemples susceptibles de capter l'attention du lecteur, aussi bien en raison des questions qu'ils soulèvent que de leurs enjeux, mais il l'est généralement pour raisonner sur la manière de prouver un élément factuel⁹.

Les études de synthèse dédiées à l'argumentation juridique sont beaucoup plus rares, en tous cas en langue française. Pour les auteurs francophones, l'ouvrage de référence demeure *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, publié par Chaïm Perelman en 1979¹⁰. Et si les autres ouvrages écrits par cet auteur se révèlent d'une immense richesse, ils empruntent, dans les exemples envisagés, une direction bien plus philosophique que juridique¹¹. Fort heureusement, certains auteurs ont poursuivi ou poursuivent la réflexion sur l'argumentation en droit¹², mais la théorisation de l'argumentation juridique demeure encore un édifice en construction.

⁶ Douglas N. Walton, qui était Professeur à l'Université de Windsor (Canada) et a publié près de soixante livres et plus de quatre cents articles sur le thème de l'argumentation, débutait, par exemple, son ouvrage *The place of emotion in argument* par ces mots : « *This book is built around the analysis and evaluation of case studies of controversial arguments in everyday conversations in Chapters 3-7* » (« Ce livre est construit autour de l'analyse et de l'évaluation d'études de cas de controverses argumentatives dans des conversations de tous les jours dans les chapitres 3 à 7 » [notre traduction]), D. WALTON, *The place of emotion in argument*, Pennsylvania State University Press, 1992, p. xiii.

⁷ Voir notamment M. DOURY, *Argumentation. Analyser textes et discours*, *op. cit.*

⁸ Voir notamment G. DECLERQ, *L'art d'argumenter. Structures rhétoriques et littéraires*, *op. cit.*; J.-J. ROBRIEUX, *Rhétorique et argumentation*, *op. cit.*

⁹ Douglas Walton envisage, par exemple, le recours au témoignage d'un expert dans le cadre d'un procès, D. WALTON, *The place of emotion in argument*, *op. cit.*, p. 53-56; *id.*, *Appeal to expert opinion. Arguments from authority*, Pennsylvania State University Press, 1997, p. 167-198.

¹⁰ Ch. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, *op. cit.*

¹¹ Voir notamment, Ch. PERELMAN et L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, *op. cit.*; Ch. PERELMAN, *L'empire rhétorique. Rhétorique et argumentation*, Paris, Vrin, 2^e éd., 2012; *id.*, *Rhétoriques*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2^e éd., 2012.

¹² Nous pensons notamment aux Professeurs Christian Atias et Jean-Louis Bergel ou, plus récemment, à la Professeure Pascale Deumier, mais aussi à Stefan Goltzberg et à François Martineau pour l'argumentation judiciaire. Ch. ATIAS, *Devenir juriste. Le sens du droit*, Paris, LexisNexis, 2^e éd., 2014; J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Paris, PUF, Méthodes du droit, 5^e éd., 2012; *id.*, *Méthodologie juridique fondamentale et appliquée*, *op. cit.*; P. DEUMIER (dir.), *Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, Paris, Dalloz, Méthodes du droit, 2013; S. GOLTZBERG, *L'argumentation juridique*, Paris, Dalloz, Connaissance du droit, 5^e éd., 2021; *id.*, *Théorie bidimensionnelle de l'argumentation juridique*, Bruxelles, Bruylant, 2012; F. MARTINEAU, *Petit traité d'argumentation judiciaire et de plaidoirie*, Paris, Dalloz, 9^e éd., 2021. Pour ce qui concerne les ouvrages rédigés en anglais, mais ne limitant pas leur réflexion au cadre de la *Common law*, voir notamment G. BONGIOVANNI, G. POSTEMA, A. ROTOLO, G. SARTOR, Ch. VALENTINI et D. WALTON (ed.), *Handbook of legal reasoning and argumentation*, Springer, 2018; D. WALTON, F. MACAGNO et G. SARTOR,

4. Un objectif, mais une double ambition. Nous souhaiterions, dans le cadre de cette étude, apporter une pierre à cet édifice en construction en tentant de déterminer ce qui forme le cœur d'une argumentation répondant à une problématique juridique¹³. Une telle entreprise nous paraît, en effet, nécessaire si l'on souhaite identifier les aspects principaux qu'il conviendrait d'envisager en détail avec les juristes de demain pour les aider à mieux comprendre cet exercice si particulier.

Pour répondre à cet objectif, il nous semble qu'il faudrait s'orienter vers une présentation de deux aspects essentiels de l'argumentation en droit : d'une part, les principales classes et sous-classes d'arguments utilisables pour répondre à une problématique de droit et, d'autre part, les mouvements argumentatifs qui peuvent être employés pour structurer un argumentaire et ainsi déployer une stratégie argumentative.

Concernant, en premier lieu, la classification des arguments, il nous semble qu'il conviendrait de présenter aux étudiants les principales classes d'arguments en distinguant ces derniers en fonction de l'élément sur lequel ils se fondent. Il conviendrait ensuite d'identifier, à l'intérieur de ces classes, les types d'arguments pouvant concrètement être employés, mais aussi de mettre en évidence le ou les ressorts sur lesquels ils s'appuient pour tenter d'évaluer les forces et les faiblesses de chacun d'entre eux. Il s'agirait ainsi de présenter une grille, composée de classes et de sous-classes d'arguments, qui pourrait permettre aux étudiants de mieux comprendre et d'analyser une argumentation relative à une question de droit et qui aurait surtout l'avantage de leur suggérer des pistes argumentatives susceptibles de les aider lorsqu'ils cherchent à bâtir une argumentation juridique solide.

Concernant, en second lieu, l'étude des mouvements argumentatifs, il s'agirait de présenter aux étudiants les instruments dont dispose le juriste qui tente d'élaborer une stratégie argumentative en vue de soutenir une réponse à une problématique de droit, c'est-à-dire les différents éléments pouvant alimenter une dynamique argumentative : tout d'abord, l'usage d'arguments principaux, destinés à soutenir directement une réponse à la question de droit envisagée ; ensuite, l'usage d'arguments secondaires, destinés à consolider un argument principal, par exemple en anticipant un contre-argument ; et, enfin, l'usage de contre-arguments, formulés pour tenter de réfuter ou de relativiser l'importance d'un argument avancé par le contre-discours, c'est-à-dire le discours des défenseurs d'une thèse différente. Il s'agirait également

Statutory interpretation. Pragmatics and argumentation, Cambridge University Press, 2021. Pour une tentative de recensement des réflexions relatives à l'argumentation juridique dans les pays de tradition civiliste, dans les systèmes de droit de tradition anglo-saxonne et en Asie, voir E. T. FETERIS, *Fundamentals of legal argumentation. A survey of theories on the justification of judicial decisions*, Springer, 2^e éd., vol. 1, 2017, p. 255-338.

¹³ L'argumentation relative à l'établissement des faits, dont l'étude implique de s'intéresser non seulement à l'argumentation permettant de soutenir une version des faits mais aussi à son encadrement par le droit de la preuve, ne sera donc pas envisagée dans cette étude. Sur cette question, voir notamment F. MARTINEAU, *Petit traité d'argumentation judiciaire et de plaidoirie*, *op. cit.*

de souligner comment le travail sur le questionnement, avec dans un premier temps sa subdivision puis son déroulé progressif, voire sa reformulation, peuvent nourrir une dynamique argumentative pouvant entraîner l'adhésion de l'auditoire ciblé. Il conviendrait, par ailleurs, d'indiquer aux étudiants que le sous-questionnement argumentatif a parfois pour but d'anticiper les objections des défenseurs de l'autre ou d'une autre thèse. Il s'agirait, enfin, de montrer aux étudiants qu'il est quelquefois préférable de concéder un argument du contre-discours, pour mieux tenter de le renverser grâce à d'autres arguments, plutôt que de chercher à tout contester.

5. Une ambition à la fois. Nous nous concentrerons, dans le cadre de cette étude, sur la première de ces deux ambitions : celle de dresser une classification détaillée des types d'arguments pouvant être avancés pour répondre à une problématique juridique. Il s'agira ainsi d'essayer d'identifier et de présenter les principales classes et sous-classes d'arguments utilisables et de tenter d'en évaluer la force de conviction. Concernant ce dernier point, nous serons plus exactement conduit à réfléchir sur les éléments dont dépend la force de conviction de chaque type d'arguments, car toutes les confrontations d'arguments sont, bien entendu, différentes. Ainsi, un argument relevant d'une classe peut très bien entraîner l'adhésion pour une question, devant un auditoire donné, et se révéler inefficace pour une autre question ou devant un auditoire différent. Il n'existe donc aucune classe d'arguments l'emportant en toutes circonstances, ni de recette permettant de convaincre à coup sûr. Loin du rêve poursuivi par les trente-huit stratagèmes exposés par Arthur Schopenhauer, il n'existe, en effet, ni en droit, ni dans aucun domaine, d'« art d'avoir toujours raison »¹⁴.

Afin de ne pas trop nous aventurer hors de notre champ de compétence et pour rester dans un cadre d'argumentation homogène, l'étude sera menée en droit privé et exclura même le droit international privé, en raison de la spécificité des raisonnements qui y sont menés. Nous espérons qu'elle donnera à des observateurs d'autres domaines du droit l'envie de réaliser des travaux analogues dans leur matière de prédilection pour que puissent être identifiées les particularités de l'argumentation juridique propres à chacun de ces domaines, mais aussi les points de convergence qui, à première vue, nous paraissent nombreux. Nous tenons, par ailleurs, à préciser que nous sommes parfaitement conscient que cette proposition de classification peut receler de nombreuses failles car, comme l'écrit Pascale Deumier, « les ressorts de l'argumentation ne se laissent pas aisément observer »¹⁵. Cette proposition est donc pleinement ouverte aux suggestions, aux objections et aux ajouts.

¹⁴ A. SCHOPENHAUER, *L'art d'avoir toujours raison ou dialectique éristique*, trad. H. Plard, Belval, Circé, 2008.

¹⁵ P. DEUMIER, « Les “motifs des motifs” des arrêts de la Cour de cassation. Étude des travaux préparatoires », in *Principes de justice. Mélanges en l'honneur de Jean-François Burgelin*, Paris, Dalloz, 2008, p. 126.

Pour rendre cette présentation plus concrète, nous illustrerons les différents usages argumentatifs exposés à l'aide d'arguments relatifs à une vingtaine d'affaires, ces arguments étant issus d'avis d'avocats généraux et de rapports de conseiller rapporteurs à la Cour de cassation, d'articles de doctrine ou de l'argumentation développée par l'une des parties au litige.

6. En route. Comme nous l'avons indiqué, il nous semble pertinent de classer les arguments permettant de répondre à une problématique de droit en retenant comme critère de classification l'élément sur lequel ils se fondent, par exemple la lettre des textes, la jurisprudence ou encore les conséquences que générerait l'adoption d'une des solutions possibles. Cela nous conduit à proposer de ranger ces arguments en dix catégories, elles-mêmes divisées en sous-catégories en fonction des types d'arguments concrètement utilisables. Une telle classification ayant forcément quelque chose d'artificiel, nous constaterons que certains arguments peuvent être rangés dans différentes catégories, ce qui en fait des arguments hybrides au regard des critères de classification que nous avons retenus et des classes d'arguments qui en découlent. Ainsi, affirmer qu'adopter une solution donnée permettrait de maintenir la cohérence de la jurisprudence actuelle sur une question constitue à la fois un argument fondé sur la jurisprudence et un argument fondé sur les conséquences, sur le plan de la cohérence du droit, de cette solution.

Plutôt que d'enfermer la présentation de ces différentes classes d'arguments dans un plan en deux ou trois parties qui relèverait de l'artifice, nous les présenterons l'une après l'autre, en tentant d'envisager, pour chacune d'entre elles, les différents usages qui peuvent en être faits, à travers l'étude des sous-classes d'arguments qui composent ces classes principales.

Ces classes principales sont, selon nous, les suivantes :

- Les arguments fondés sur la lettre des textes
- Les arguments fondés sur l'esprit des textes ou celui d'une notion, d'un droit, d'une institution ou du domaine concerné
- Les arguments fondés sur la jurisprudence
- Les arguments fondés sur un droit fondamental
- Les arguments fondés sur les adages et les principes d'interprétation
- Les arguments fondés sur le point de vue d'un ou plusieurs auteurs de doctrine
- Les arguments fondés sur les conséquences ou l'opportunité d'une des solutions pouvant être retenue
- Les arguments fondés sur une appréciation
- Les arguments fondés sur le contexte extra-juridique
- Les arguments fondés sur la comparaison avec d'autres systèmes de droit

7. Où sont les faits ? Il pourrait paraître surprenant qu'aucune des classes d'arguments de la classification proposée ne soit directement relative aux faits de l'espèce. Ce choix nous apparaît pourtant logique compte tenu de la nature de l'argumentation qui constitue notre objet d'étude : l'argumentation relative à une question de droit. En effet, la résolution de ce type de question a pour finalité de déterminer la norme applicable de manière suffisamment précise pour ne plus laisser la place qu'à un syllogisme dont la résolution ne fait aucun doute : cette norme pleinement précisée en constituant la prémisse majeure et les faits la prémisse mineure. Christian Atias écrit, en ce sens, « La question de droit implique un rapport caractérisé entre droit et fait. Ce rapport est supposé unilatéral ; le droit recouvre et détermine le fait en droit, sans que l'inverse soit envisageable »¹⁶. Les faits sont cependant omniprésents dans l'élaboration et la résolution d'une telle question : ils en sont à la fois le point de départ et le point de mire. Généralement appréhendés par le droit par l'intermédiaire de leur qualification juridique, ils sont à l'origine de la question de droit et permettent d'en formuler les termes, même lorsque cette question est une question de qualification juridique. Ils représentent aussi le point que la réponse doit atteindre : la norme à appliquer doit être précisée jusqu'à ce qu'elle ne laisse plus le moindre doute sur la solution juridique du litige eu égard à la version des faits retenue par les juges chargés de les établir. En cela, les faits guident l'argumentation et l'élaboration de chacun des arguments permettant de répondre à la question de droit qu'ils posent¹⁷.

Cette précision étant apportée, il convient désormais d'envisager la première classe d'arguments : les arguments fondés sur la lettre des textes¹⁸.

I. Les arguments fondés sur la lettre des textes

8. L'exploitation argumentative du « socle »¹⁹ du droit. Point de départ de tout raisonnement juridique, le ou les textes pouvant être appliqués à la situation de fait examinée représentent logiquement la première source d'arguments

¹⁶ Ch. ATIAS, *Devenir juriste. Le sens du droit*, op. cit., p. 126, n° 242.

¹⁷ L'argumentation judiciaire demande, en revanche, d'argumenter en droit et en fait, F. MARTINEAU, *Petit traité d'argumentation judiciaire et de plaidoirie*, op. cit.

¹⁸ Avant de débiter cette présentation, nous souhaiterions remercier notre collègue et ami, le Professeur Frédéric Rouvière, Directeur du Laboratoire de Théorie du droit, pour les échanges toujours très fructueux que nous avons eus sur le thème fascinant de l'argumentation en droit. Nous voudrions également remercier Pierre Bon, ATER et doctorant du Laboratoire de Théorie du droit, dont les remarques nous ont aidé à élaborer une version initiale de la classification présentée dans cette étude. Nous voudrions enfin adresser nos remerciements aux étudiants des promotions 2018-2019, 2019-2020 et 2020-2021 du Master 2 de Théorie du droit d'Aix-Marseille Université qui ont bien voulu faire passer l'épreuve du feu à cette classification, en analysant des commentaires doctrinaux ou des controverses doctrinales sous le prisme de cet outil en construction.

¹⁹ Cette métaphore, empruntée à la Professeure Pascale Deumier, nous semble parfaitement traduire le statut et l'autorité particulière des textes normatifs. « Le texte n'est pas un élément comme

utilisables pour répondre à la problématique juridique que cette application soulève. Mais une telle problématique ayant généralement pour origine le silence, la contradiction ou le défaut de précision des textes applicables, ces derniers ne peuvent que rarement fonder un argument irréfutable permettant d'y répondre. Dans ces rares cas, il est possible d'avancer un argument extrêmement puissant, s'appuyant sur la clarté de la réponse donnée par les textes applicables : un argument littéral (A). À défaut, il est possible d'argumenter sur le sens des termes employés par ces textes pour en préconiser une interprétation favorable à la thèse défendue (B). Les textes applicables peuvent également être utilisés pour pointer leurs contradictions ou leur manque de clarté vis-à-vis de la question posée par les faits et ainsi souligner l'importance décisive d'autres arguments (C). Les textes ou l'absence de texte peuvent aussi permettre de mettre en exergue le manque, la fragilité ou l'incompatibilité des fondements textuels d'une jurisprudence pour demander à ce qu'elle soit modifiée (D). Enfin, il est possible d'utiliser les textes du domaine concerné pour affirmer que doit être retenue une certaine conception de leur esprit pour, ensuite, fonder un argument sur cette conception (E).

A. Avancer un argument littéral

9. S'en tenir au sens communément attribué aux mots à interpréter.

Le plus efficace des arguments se fondant sur la lettre des textes est indéniablement l'argument littéral. Il faut dire que celui-ci repose sur un ressort argumentatif extrêmement fort : celui de l'autorité, en l'occurrence l'autorité des textes normatifs applicables et, lorsqu'ils existent, de ceux qui en définissent les termes. L'argument littéral exige tout simplement le respect de la lettre de ces textes. Pour être plus précis, il demande de retenir le sens communément attribué, en droit ou dans le langage usuel, aux mots des dispositions concernées, mais aussi de réaliser une application correcte des règles de grammaire et de syntaxe dans la détermination du sens de ces dispositions. Lorsque les termes des textes applicables n'ont pas acquis un sens proprement juridique, l'argument littéral renvoie donc à un autre corps de règles : celui de la langue française. En se contentant d'exiger que les mots des textes applicables se voient attribuer leur sens, l'argument littéral prétend ainsi bénéficier, sans filtre ni exception possible, de l'autorité normative de ces textes. C'est ce qui lui donne sa puissance argumentative, mais explique aussi sa rareté en présence d'une problématique juridique. Un tel argument ne peut, en effet, être avancé que lorsque la lettre des textes applicables énonce clairement les conséquences juridiques de la situation de fait envisagée et qu'aucun autre sens littéral ne peut être dégagé²⁰,

les autres de l'état du droit positif : il en est le socle », P. DEUMIER, « Synthèse », in P. DEUMIER (dir.), *Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, op. cit., p. 263.

²⁰ Sur l'absence d'univocité de l'argument littéral, voir F. HAID, « L'apparente simplicité de l'argument littéral », in *Le droit, entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruxelles,

ce qui normalement empêche toute problématique d'application de surgir. Mais, même dans cette hypothèse, une problématique peut se poser, notamment si une jurisprudence manifestement *contra-legem* a déjà été consacrée. Dans ce cas, l'argument littéral est systématiquement utilisable pour remettre en cause ou critiquer cette jurisprudence sur laquelle pourrait se fonder le contre-discours. Il s'agit alors de préconiser un retour au respect de la lettre des textes applicables.

Lorsqu'elle est irréfutable, cette référence au sens littéral des textes applicables ne peut être renversée que par d'autres types d'arguments. Ce fut le cas dans une affaire relative aux empêchements à mariage qui a suscité une vive controverse au sein de la doctrine civiliste. En l'espèce, se posait la question de savoir si le mariage célébré plus de vingt ans plus tôt entre un homme et l'ex-épouse de son fils devait être annulé. Or, l'article 161 du Code civil livrait clairement la réponse à cette question en interdisant, sans ambiguïté, le mariage entre alliés en ligne directe²¹. Pourtant, dans son arrêt du 4 décembre 2013, la première chambre civile de la Cour de cassation a préféré d'autres arguments à l'argument fondé sur le sens littéral du texte applicable, notamment celui selon lequel l'annulation de cette union, qui durait depuis plus de vingt ans et avait été célébrée sans opposition, constituait, au vu des circonstances de l'espèce, une ingérence injustifiée dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale de l'épouse. Elle a, par conséquent, refusé de prononcer la nullité du mariage contesté²². Aussi fort soit-il, l'argument littéral peut ainsi s'incliner devant d'autres arguments, l'interprétation *contra-legem* retenue par les juges pouvant être ponctuelle ou généralisée.

10. La force de l'argument littéral. L'argument littéral n'en demeure pas moins le plus puissant des arguments lorsque le ou les textes applicables permettent de déterminer, sans soulever le moindre doute, les conséquences juridiques d'une situation de fait. Il suffit pour s'en convaincre d'observer les effets d'une intervention législative prenant le contre-pied d'une jurisprudence clairement établie. Une telle intervention semble, en effet, systématiquement conduire à un revirement de jurisprudence, l'argument littéral parvenant ainsi à renverser l'ensemble des arguments sur lesquels se fondait cette jurisprudence établie.

Bruylant, 2013, p. 274 et s. Dans cette contribution, nous indiquions notamment que le sens littéral d'un texte normatif peut être entendu comme son sens ordinaire, comme son sens manifeste, comme son sens strict ou comme le sens communément admis par les juristes. Claudio Luzzati considère, pour sa part, qu'il est possible de dénombrer sept conceptions possibles de l'interprétation littérale, C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 208.

²¹ L'article 161 du Code civil dispose, en effet : « En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne ». L'article 164 prévoit, toutefois, la possibilité pour le président de la République de lever cette prohibition pour « causes graves », « lorsque la personne qui a créé l'alliance est décédée ». Mais, en l'espèce, les époux n'avaient pas bénéficié d'une telle dispense.

²² Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066.

La question de la qualification du contrat de déménagement en a livré un parfait exemple. Il s'agissait concrètement de déterminer si un contrat de déménagement doit être considéré comme un contrat d'entreprise ou comme un contrat de transport. Or, dans une jurisprudence considérée comme « classique »²³, notamment fondée sur la nature limitative du contrat de transport, la Cour de cassation affirmait que « le contrat de déménagement est un contrat d'entreprise qui se différencie du contrat de transport en ce que son objet n'est pas limité au déplacement de la marchandise »²⁴. Elle considérait, par conséquent, qu'il s'agissait d'un contrat d'entreprise. Mais l'insertion par le législateur, en 2009, d'une nouvelle section du Code de la consommation consacrée aux « contrats de transports de déménagement » et d'un nouvel article dans le Code de commerce, prévoyant l'application aux entreprises de transport de déménagement de certaines règles relatives aux voituriers, a eu raison de cette jurisprudence classique, la première chambre civile renversant cette jurisprudence dans un arrêt rendu le 12 octobre 2016²⁵.

Selon la même logique, alors qu'une jurisprudence constante estimait, jusqu'en 2019, que le transporteur ferroviaire, tenu d'une obligation de sécurité de résultat, ne pouvait s'exonérer de sa responsabilité contractuelle qu'en invoquant une faute de la victime présentant les caractères de la force majeure²⁶, l'entrée en vigueur de dispositions du droit de l'Union européenne, reprises dans le Code des transports²⁷, a provoqué un revirement de jurisprudence : la Cour de cassation, se conformant aux nouveaux textes, n'exige plus, désormais, qu'une faute simple de la victime pour exonérer le transporteur ferroviaire de sa responsabilité²⁸.

Même si ces exemples s'expliquent aussi par la chronologie des événements – les textes venant répondre à la jurisprudence établie – ils permettent tout de même de saisir la force argumentative de l'appel au respect de la lettre des textes applicables.

11. L'argument littéral en présence d'une disposition énonçant une définition. Un argument littéral peut également être avancé en s'appuyant sur la combinaison de différents textes, notamment lorsque l'un d'entre eux énonce la définition d'un terme employé par la disposition prévoyant la règle à appliquer et que cet ensemble livre clairement la solution juridique de la problématique envisagée.

²³ L. LEVENEUR, « Contrat de déménagement – Dommage causé lors du déménagement : dans quel délai le client doit-il agir en réparation ? », *Contrats, conc. consom.*, 2017, n° 1, comm. 2.

²⁴ Com., 3 avril 2001, n° 98-21.233.

²⁵ Civ. 1^{re}, 12 oct. 2016, n° 15-21.194.

²⁶ Civ. 1^{re}, 13 mars 2008, n° 05-12.551 ; Ch. mixte, 28 nov. 2008, n° 06-12.307.

²⁷ En l'occurrence, l'article 11 du règlement CE n° 1371/2007 et l'article 26 de son annexe I, repris à l'article L. 2151-1 du code des transports.

²⁸ Civ. 1^{re}, 11 déc. 2019, n° 18-13.840

L'avis rédigé par l'avocat général Pierre Lavigne, à l'occasion d'un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 8 avril 2021, peut nous permettre d'illustrer ce cas de figure²⁹. En l'espèce, il s'agissait de déterminer si, en matière de crédit à la consommation, le coût d'une assurance facultative souscrite par les emprunteurs devait être indiqué par le prêteur dans l'encadré figurant au début du contrat. Or, l'ancien article L. 311-18 du code de la consommation, qui était applicable au litige³⁰, disposait que « Le contrat de crédit est établi par écrit ou sur un support durable » et ajoutait une condition : « Un encadré, inséré au début du contrat, informe l'emprunteur des *caractéristiques essentielles du crédit* »³¹. Cet article précisait ensuite : « Un décret en Conseil d'État fixe la liste des informations figurant dans le contrat et dans l'encadré mentionné au premier alinéa du présent article ». Cette liste d'informations figurait à l'ancien article R. 311-5 du code de la consommation³², selon lequel l'encadré devait indiquer « en caractères plus apparents que le reste du contrat, dans l'ordre choisi par le prêteur et à l'exclusion de toute autre information » une dizaine d'informations dont « d) Le montant, le nombre et la périodicité des échéances que l'emprunteur doit verser [...] » et « h) Les sûretés et les assurances exigées, le cas échéant ». Cet article de la partie réglementaire du code de la consommation formulait donc une définition de la notion de « caractéristiques essentielles du crédit », visée par l'ancien article L. 311-18 de ce même code, par l'intermédiaire d'une énumération exhaustive³³ puisque ces informations devaient figurer dans l'encadré inséré au début du contrat « à l'exclusion de toute autre information ».

L'avocat général s'est fondé sur la combinaison entre l'ancien article L. 311-18 et cette définition énumérative, et plus précisément sur l'expression « assurances exigées », pour avancer un argument littéral au soutien de la thèse selon laquelle l'encadré situé au début du contrat ne devait pas mentionner le coût d'une assurance facultative :

« Il semble dès lors pouvoir être retenu que l'ajout de l'assurance facultative dans le champ des mentions devant obligatoirement figurer dans l'encadré du contrat contrevient manifestement à la lettre du texte susvisé »³⁴.

²⁹ P. LAVIGNE, Avis sur civ. 1^{re}, 8 avril 2021, n° 19-25.236.

³⁰ L'ancien article L. 311-18 du code de la consommation est devenu, le 1^{er} juillet 2016, l'article L. 312-28 de ce même code, suite à l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016.

³¹ Souligné par nous.

³² L'ancien article R. 311-5 du code de la consommation est devenu l'article R. 312-10 du même code, suite au Décret n° 2016-1844 du 23 décembre 2016.

³³ Sur la distinction entre les définitions *stricto sensu*, les définitions usant du procédé de l'énumération exhaustive, les définitions usant du procédé de l'énumération indicative et les définitions usant du procédé de la quantification, voir F. HAID, *Les « notions indéterminées » dans la loi. Essai sur l'indétermination des notions légales en droit civil et pénal*, Thèse, Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, 2005, p. 74-88.

³⁴ P. LAVIGNE, Avis sur civ. 1^{re}, 8 avril 2021, n° 19-25.236, p. 5.

Sa démonstration a convaincu les magistrats de la première chambre civile qui l'ont reprise pour motiver leur décision³⁵.

Mais la force de conviction d'une définition énoncée par les textes peut considérablement s'amenuiser, voire devenir nulle, lorsqu'une définition n'ayant vocation à être retenue que pour l'application d'un ou plusieurs articles, ou ne s'appliquant que dans un domaine déterminé, est utilisée pour soutenir un argument littéral fondé sur un article situé hors de ce champ d'action. Nous reviendrons plus loin sur cette limite inhérente aux définitions dont le domaine d'application est circonscrit³⁶.

12. Le renfort de l'argument littéral par des arguments génériques.

Lorsqu'il est possible d'exploiter un argument littéral pour soutenir un point de vue, des arguments génériques, c'est-à-dire des arguments utilisables quels que soient les textes concernés, peuvent être avancés pour renforcer l'appel au respect de leur lettre. Trois arguments permettent ainsi de rappeler la nécessité et l'intérêt de respecter l'autorité de la lettre des textes applicables lorsque celle-ci donne une réponse claire à la situation de fait envisagée. Le premier est lié à la nature des textes normatifs et à leur indispensable respect compte tenu de la fonction qu'ils remplissent. Le deuxième, intimement lié au premier, s'appuie sur la nature de la fonction de juger et sur ses limites. Le troisième est un argument de conséquence, il se fonde en l'occurrence sur l'affirmation de conséquences néfastes pour le droit : l'insécurité juridique générée par une interprétation *contra-legem*.

Ces trois arguments génériques sont justement utilisés par un auteur au soutien de sa critique de l'arrêt rendu le 4 décembre 2013, par la première chambre civile de la Cour de cassation, en matière d'empêchement à mariage³⁷. Dans cette critique, l'auteur les décline dans un style pour le moins percutant. Ainsi, le premier de ces arguments génériques fait l'objet d'un rappel sur le caractère général, impersonnel et obligatoire de la loi avant que l'auteur affirme :

« si l'on peut comprendre le réflexe enfantin, qui consiste à se plaindre des limites que la loi, et derrière elle la société, nous impose, il suffit de réfléchir un instant pour se souvenir que les bornes qu'elle fixe à notre bon vouloir et à nos droits ne sont rien d'autre que l'expression des droits d'autrui et/ou de l'intérêt général »³⁸.

³⁵ Civ. 1^{re}, 8 avr. 2021, n° 19-25.236, n° 5-6.

³⁶ Voir *infra* n° 16.

³⁷ F. CHÉNÉDÉ, « Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme (à propos de la validation judiciaire d'un mariage illégal) », *D.*, 2014, p. 179.

³⁸ *Ibid.*, n° 6.

Le deuxième donne lieu à un constat qui se veut sans appel :

« En faisant prévaloir, à l'occasion d'un litige particulier, son appréciation personnelle sur l'arbitrage réalisé par les élus du peuple en 2008 et en 2013, la première chambre civile de la Cour de cassation est assurément sortie de son lit »³⁹.

Le troisième est surtout l'occasion pour l'auteur d'exposer avec encore plus de virulence l'argument précédent :

« en abandonnant le principe de légalité (en présence d'une loi claire et récente) pour statuer – tel Saint Louis sous son chêne ou la Cour européenne à Strasbourg – en opportunité, au cas par cas, la première chambre civile ajoute l'insécurité juridique à l'usurpation de pouvoir »⁴⁰.

B. Argumenter sur le sens des termes des textes applicables

13. Préconiser une certaine lecture des textes applicables. Même lorsque les textes directement applicables n'apportent pas de réponse claire à la problématique en examen, il est possible de tenter de se prévaloir de leur autorité en en soutenant une des lectures possibles. Très souvent, cela implique de défendre une des acceptions admissibles d'une expression ou d'un terme visé par le ou les textes normatifs concernés, que ce terme ou cette expression permette d'en énoncer une condition d'application, une exception au champ d'application ou une conséquence juridique. Dans une telle hypothèse, l'argument peut notamment être soutenu par un argument secondaire se fondant sur l'éclairage porté sur le sens de ce terme ou de cette expression par les textes voisins, autrement dit en se fondant sur l'esprit du corps de règle concerné⁴¹. Plus rarement, lorsque le doute ne concerne que la syntaxe d'une disposition, il s'agit de préconiser une des lectures envisageables de l'agencement des termes employés dans la disposition en question.

Dans les deux hypothèses, il s'agit de tenter de se prévaloir de l'autorité des textes applicables.

³⁹ *Ibid.*, n° 7.

⁴⁰ *Ibid.*, n° 5. Il convient tout de même de noter que l'argument soulignant l'insécurité juridique engendrée par la consécration de cette jurisprudence *contra-legem* n'est, dans ce cas, que partiellement générique : il est générique en ce qu'il vise l'insécurité juridique découlant de la consécration d'une jurisprudence *contra-legem* ; il ne l'est pas en ce qu'il vise l'insécurité juridique générée par l'imprécision du nouveau critère de décision retenu par les magistrats de la première chambre civile par rapport à la sécurité juridique qu'offrait la clarté de l'ancien critère.

⁴¹ Voir *infra* n° 20.

La discussion sur le sens à retenir d'un terme ou d'une expression employée dans les textes applicables est plus que jamais cruciale lorsque la problématique de droit se résume à une question de qualification. Se prévaloir de l'autorité des textes applicables exige alors de démontrer que la notion concernée vise effectivement les faits envisagés ou, au contraire, qu'elle ne les vise pas. Pour ce faire, il est possible d'argumenter sur le sens de cette notion, en soutenant qu'il faut en retenir une définition donnée (1). Il est également possible d'argumenter sur la nature de l'élément à qualifier juridiquement pour affirmer qu'il faut lui reconnaître une qualification non-juridique alternative, qui serait exclue du champ sémantique de la notion juridique concernée. Soutenir une qualification non-juridique alternative de l'élément à qualifier peut ainsi permettre d'échapper à la qualification juridique à laquelle l'application de cette notion semblait naturellement conduire (2).

1. *Avancer une définition de la notion concernée*

14. La définition comme outil d'argumentation. Il est possible de se prévaloir de l'autorité d'un texte en préconisant de retenir une certaine définition de la notion, employée par ce texte, dont l'application suscite des doutes⁴². Une telle définition argumentative peut soit être élaborée pour les besoins de l'argumentation (a), soit être empruntée à un autre domaine du droit (b).

a. L'élaboration d'une définition argumentative

15. Proposer une définition pour défendre une conclusion. Argumenter par l'intermédiaire d'une définition peut être fait en s'appuyant sur une définition que l'on a soi-même élaborée. Après tout, comme le dit le proverbe, « On n'est jamais mieux servi que par soi-même ». Mais, l'adhésion de l'auditoire à la conclusion défendue étant conditionnée à l'adhésion à la définition proposée, il convient de ne pas trop s'éloigner dans celle-ci des usages juridiques ou linguistiques traditionnels. La définition ainsi élaborée peut ensuite être explicitement formulée dans l'argument ou simplement défendue de manière implicite.

Ainsi, lorsque la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a dû déterminer le sens de l'expression « voies propres », employée dans l'article 1^{er} de la loi du 5 juillet 1985 pour exclure du domaine d'application de cette loi les « chemins de fer » et « tramways » « circulant sur des voies qui leur sont propres »⁴³, le principal argument des demandeurs au pourvoi consistait en une définition de

⁴² Sur les liens entre argumentation et définition, voir C. PLANTIN, *Dictionnaire de l'argumentation. Une introduction aux études d'argumentation*, Lyon, ENS Éditions, 2016, p. 185 et s.

⁴³ Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation.

cette expression. Selon eux, « un train qui traverse la chaussée croisant la voie ferrée sur un passage à niveau ouvert aux autres usagers de la route ne circule pas sur une voie qui lui est propre » car

« une “voie propre”, au sens de l’article 1^{er} de la loi du 5 juillet 1985, ne l’est que dans la mesure où elle n’a pas vocation à croiser une voie routière avec laquelle elle pourrait constituer une aire de circulation ouverte à d’autres usagers, peu important que ces derniers soient en nombre limité ».

Mais cet argument a été repoussé par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation qui a estimé qu’« une voie ferrée n’est pas une voie commune aux chemins de fer et aux usagers de la route, ces derniers pouvant seulement la traverser à hauteur d’un passage à niveau, sans pouvoir l’emprunter ». Ce faisant, la deuxième chambre civile a consacré, sans l’énoncer directement, une autre définition possible de la notion de « voie propre », une définition considérant comme des « voies propres » l’ensemble des voies ferrées empruntées par les trains⁴⁴.

Il convient, par ailleurs, de remarquer que la justesse d’une définition élaborée en vue d’une argumentation peut être défendue à l’aide d’une ou plusieurs définitions déjà disponibles. Ainsi, pour déterminer si le covoiturage peut être considéré comme un « transport en commun utilisable » au sens d’une convention collective prévoyant une indemnité de grand déplacement pour les ouvriers d’un chantier métropolitain ne pouvant regagner chaque soir leur domicile en transport en commun, l’avocat général référendaire Isabelle Roques fait référence à la définition des transports en commun donnée par le dictionnaire *Le Larousse* et aux définitions du covoiturage données par ce même *Larousse* et le site *Wikipédia*. Elle cite également la définition de l’expression « transport en commun de personnes » issue de l’article 2 de l’arrêté du 2 juillet 1982 relatif au transport en commun de personnes et celle du covoiturage issue de l’article L. 3132-1 du Code des transports. Elle conclut, après avoir exposé ces diverses définitions, relatives au sens ordinaire et au sens juridique de ces termes, que le covoiturage ne lui semble pas pouvoir être considéré comme un « transport en commun utilisable » au sens de la convention collective concernée⁴⁵.

b. L’emprunt d’une définition à un autre domaine du droit

16. Transposer une définition pour défendre une conclusion.

L’exemple que nous venons d’évoquer nous montre qu’il est également possible

⁴⁴ Civ. 2^e, 17 nov. 2016, n° 15-27.832. Il convient de souligner que la solution est différente lorsqu’il s’agit de la « voie propre » d’un tramway : civ. 2^e, 5 mars 2020, n° 19-11.411. Sur cet arrêt, voir notamment A. HACENE, « Accident de la circulation : précisions sur la notion de “voie propre” », *D. actu.*, 24 avril 2020.

⁴⁵ I. ROQUES, Avis sur soc., 15 sept. 2021, n° 20-14.326, p. 5-7.

d'utiliser des définitions issues de textes régissant un autre domaine du droit que celui directement concerné par le litige examiné. Dans un tel cas, la force de conviction des définitions utilisées dépend de la possibilité d'élargir le champ d'action de ces définitions au-delà des limites qui leur sont fixées. Si le problème ne semble pas se poser dans l'hypothèse que nous venons d'envisager, il peut, en revanche, considérablement amoindrir la force de conviction d'un argument fondé sur une telle définition lorsque le domaine d'application de cette dernière est clairement circonscrit ou considéré comme tel par la juridiction chargée de trancher le litige.

Nous pouvons illustrer cette perte d'intérêt argumentatif à l'aide d'une difficulté d'application de la loi du 5 juillet 1985 à laquelle a dû répondre la deuxième chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 6 mai 2021⁴⁶. En l'espèce, se posait la question de savoir si le fauteuil roulant électrique d'une personne en situation de handicap doit être considéré comme un véhicule terrestre à moteur au sens de la loi du 5 juillet 1985. Le considérer comme tel avait conduit les juges de la cour d'appel à limiter l'indemnisation de sa conductrice en raison de la faute qu'elle avait commise alors que, si elle n'avait pas été considérée comme conductrice d'un véhicule terrestre à moteur, seule une faute inexcusable aurait pu lui être opposée pour limiter ou exclure son indemnisation, à condition que cette faute inexcusable ait été la cause exclusive de l'accident⁴⁷. La deuxième chambre civile n'ayant pas retenu la qualification de véhicule terrestre à moteur, deux auteurs ont critiqué la décision en rappelant qu'il existe, dans le code des assurances et le code de la route, deux dispositions permettant d'affirmer que le sens littéral de l'expression « véhicule terrestre à moteur » inclut incontestablement les fauteuils roulants électriques, en tout cas ceux circulant plus rapidement que l'allure du pas⁴⁸. Le premier de ces textes, l'article L. 211-1 du code des assurances, prévoit, en effet, au sein de son premier alinéa, que

« Pour l'application du présent article, on entend par “véhicule” tout véhicule terrestre à moteur, c'est-à-dire tout véhicule automoteur destiné à circuler sur le sol et qui peut être actionné par une force métallique sans être lié à une voie ferrée, ainsi que toute remorque, même non attelée ».

⁴⁶ Civ. 2^e, 6 mai 2021, n° 20-14.551.

⁴⁷ L'article 3, alinéa 1^{er}, de la loi du 5 juillet 1985 dispose, en effet, que « Les victimes, hormis les conducteurs de véhicules terrestre à moteur, sont indemnisées des dommages résultant des atteintes à leur personne qu'elles ont subis, 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 » alors que l'article 4 de cette même loi dispose : « La faute commise par le conducteur du véhicule terrestre à moteur a pour effet de limiter ou d'exclure l'indemnisation des dommages qu'il a subis ».

⁴⁸ M. EHRENFELD, « Un fauteuil roulant électrique n'est pas un véhicule terrestre à moteur ou les mots ont-ils encore un sens ? », *Gaz. Pal.*, 22 juin 2021, n° 23, p. 57 ; F. ROUVIÈRE, « L'esprit contre la lettre : un fauteuil roulant électrique n'est pas un véhicule terrestre à moteur », *RTD civ.*, 2021, p. 975.

Le second, l'article R. 412-34 du code de la route, assimile aux piétons « les infirmes qui se déplacent sur une chaise roulante mue par eux-mêmes ou circulant à l'allure du pas ».

Bien que l'argument fondé sur ces définitions ait convaincu la cour d'appel, il a finalement été repoussé par les magistrats de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation qui ont donc acté, dans leur arrêt, le caractère autonome de la notion de véhicule terrestre à moteur de la loi du 5 juillet 1985 par rapport à celle issue du code des assurances et du code de la route⁴⁹. Cela nous permet de comprendre que se prévaloir d'une définition dont le domaine d'application est circonscrit, ou considéré comme tel par la juridiction chargée de trancher le litige, peut se révéler d'un intérêt argumentatif très limité. Avancer un tel argument demande donc de tenter de démontrer, par des arguments secondaires, qu'il est pertinent de retenir cette définition hors du champ d'application auquel elle semble être cantonnée. C'est du reste ce que fait l'un des auteurs par rapport à la définition du véhicule terrestre à moteur donnée par le code des assurances. Il souligne, en effet, les conséquences juridiques positives, sur le plan de la cohérence du droit, qui découleraient de l'élargissement du champ d'action de cette définition à la loi du 5 juillet 1985, en affirmant: « on a tout à gagner à l'absence de distorsion entre le domaine de l'obligation d'indemnisation et celui de l'assurance obligatoire »⁵⁰.

2. *Soutenir une qualification non-juridique alternative de l'élément à qualifier*

17. Raisonner sur la nature de l'élément à qualifier. Une autre manière d'argumenter sur le sens à attribuer aux termes des textes applicables consiste à argumenter sur la nature de l'élément à qualifier, qu'il s'agisse d'une personne, du statut d'une personne, d'un acte, d'une chose, d'un droit, d'une notion ou de circonstances. Il s'agit alors de tenter d'échapper à la qualification juridique qui aurait logiquement dû s'imposer, en soutenant que l'élément à qualifier est d'une nature non-juridique particulière, tout en affirmant, ou en sous-entendant, que cette nature particulière l'exclut du champ sémantique de la notion concernée. Certes, cela revient, comme pour l'argument s'appuyant sur l'affirmation d'une définition, à préconiser de retenir une conception de la notion concernée, mais l'argument n'implique plus dans ce cas d'élaborer une définition de cette notion. Il s'agit uniquement de suggérer une distinction à l'intérieur d'une catégorie consacrée par les textes.

L'arrêt du 6 mai 2021 que nous venons tout juste d'évoquer peut nous permettre d'illustrer ce cas de figure⁵¹. Comme nous l'avons déjà expliqué, il

⁴⁹ J. TIMOTHY, « La personne à mobilité réduite se déplaçant dans un fauteuil roulant motorisé n'est pas une victime conductrice », *Gaz. Pal.*, 6 juillet 2021, n° 25, p. 18.

⁵⁰ M. EHRENFELD, « Un fauteuil roulant électrique n'est pas un véhicule terrestre à moteur ou les mots ont-ils encore un sens ? », *op. cit.*, p. 58.

⁵¹ Civ. 2^e, 6 mai 2021, n° 20-14.551.

s'agissait en l'espèce de déterminer si le fauteuil roulant électrique d'une personne en situation de handicap doit être considéré comme un véhicule terrestre à moteur au sens de la loi du 5 juillet 1985, en sachant que retenir cette qualification conduisait à limiter l'indemnisation de sa conductrice. Or, si, au sens purement littéral, un fauteuil roulant électrique a toutes les caractéristiques d'un véhicule terrestre à moteur, il était possible de soutenir qu'il est avant tout un « dispositif médical destiné au déplacement d'une personne en situation de handicap »⁵² et d'affirmer qu'un tel « dispositif médical » doit être considéré comme exclu du champ sémantique de la notion de véhicule terrestre à moteur. Cet argument en deux temps, tiré de la nature non-juridique première de la chose à qualifier juridiquement, a visiblement contribué à conduire la deuxième chambre civile à casser partiellement l'arrêt attaqué. Mais il convient de remarquer que cet argument était accompagné d'autres arguments forts : la prise en compte de l'esprit de la loi de 1985⁵³, les conséquences préjudiciables de la solution opposée pour les personnes en situation de handicap se déplaçant à l'aide d'un fauteuil roulant électrique en cas d'accident de la circulation et, surtout, les objectifs assignés aux États par la Convention internationale des droits des personnes handicapées du 30 mars 2007⁵⁴. La deuxième chambre civile de la Cour de cassation souligne toutefois le poids important de cet argument relatif à la nature non-juridique de l'élément à qualifier, en lui réservant une place de choix dans l'exposé de son raisonnement :

« Il en résulte qu'un fauteuil roulant électrique, dispositif médical destiné au déplacement d'une personne en situation de handicap, n'est pas un véhicule terrestre à moteur au sens de la loi du 5 juillet 1985 »⁵⁵.

Il convient de remarquer qu'une fois consacrée par la jurisprudence, la nature non-juridique mise en avant pour préconiser la réduction du champ de signification de la notion applicable devient une nature juridique permettant de

⁵² Une autre qualification non-juridique alternative était envisageable : celle d'« aide à la personne en situation de handicap », P. OUDOT, « Fauteuil roulant électrique : l'influence de la CIDPH sur l'interprétation de la loi du 5 juillet 1985 », *D.*, 2021, p. 1413 et s, n° 12-13.

⁵³ La Cour de cassation souligne, dans son arrêt, que « Par l'instauration de ce dispositif d'indemnisation sans faute, le législateur, prenant en considération les risques associés à la circulation de véhicules motorisés, a entendu réserver une protection particulière à certaines catégories d'usagers de la route, à savoir les piétons, les passagers transportés, les enfants, les personnes âgées, et celles en situation de handicap », civ. 2^e, 6 mai 2021, n° 20-14.551, n° 11.

⁵⁴ La Cour de cassation indique, dans son arrêt, qu'elle a interprété les articles 1^{er}, 3 et 4 de la loi du 5 juillet 1985 « à la lumière » de ces objectifs, civ. 2^e, 6 mai 2021, n° 20-14.551. Sur l'influence de la Convention internationale des droits des personnes handicapées sur l'interprétation retenue par la deuxième chambre civile, voir P. OUDOT, « Fauteuil roulant électrique : l'influence de la CIDPH sur l'interprétation de la loi du 5 juillet 1985 », *op. cit.*

⁵⁵ Civ. 2^e, 6 mai 2021, n° 20-14.551, n° 12.

délimiter les contours de cette notion et que son utilisation argumentative passe donc désormais par l'usage d'un argument fondé sur la jurisprudence.

C. Pointer la contradiction ou le manque de clarté des textes pour souligner l'importance d'autres arguments

18. L'intérêt argumentatif des défauts des textes applicables. Dans certains cas, il est possible de s'appuyer sur l'obscurité ou la contradiction des textes potentiellement applicables au regard de la question envisagée pour soutenir que la solution ne peut être trouvée dans les textes et que, par conséquent, les arguments pertinents, ceux dont l'importance est décisive, se trouvent ailleurs. Mettre en évidence l'absence d'injonction précise ou les injonctions contradictoires formulées par les textes pouvant être appliqués permet ainsi de tenter d'écarter leur autorité argumentative par rapport à la question posée.

C'est par exemple ce qu'a fait le Premier avocat général Régis de Gouttes, à l'occasion de l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 21 décembre 2007, sur une question intéressant la procédure civile : celle de savoir si les juges du fond ont la faculté ou l'obligation de requalifier les actes ou faits litigieux lorsque le fondement de la demande leur paraît inapproprié en droit. Dans ses conclusions, le Premier avocat général a, en effet, d'abord exposé « la complexité des textes en concours » pour en conclure qu'ils « semblent à première vue difficiles à combiner ». Cela lui a permis de pointer l'attention sur d'autres arguments relatifs aux « enjeux du débat », notamment quant au respect des droits fondamentaux et aux principes concernés, mais aussi vis-à-vis de l'approche de ce débat par la jurisprudence et la doctrine⁵⁶.

C'est également ce qu'a fait l'avocat général Frédéric Desportes à propos d'une question intéressant la procédure pénale : celle de savoir quel sens devait être attribué à l'article 16 de l'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020⁵⁷ qui prévoyait, en raison de l'état d'urgence sanitaire lié à l'épidémie de covid-19, des règles dérogatoires prolongeant de plein droit la durée des détentions provisoires et des assignations à résidence sous surveillance électronique⁵⁸. En l'espèce, il s'agissait, plus exactement, de déterminer si cette prolongation s'appliquait uniquement à la durée totale de la détention provisoire ou aussi aux durées de détention au terme desquelles une décision judiciaire doit être prise sur la prolongation de la mesure.

⁵⁶ R. DE GOUTTES, Conclusions sur Ass. plén., 21 déc. 2007, n° 06-11.343, *Gaz. Pal.*, 19 janv. 2008, n° 19, p. 2.

⁵⁷ L'ordonnance n° 2020-303 du 25 mars 2020 a été adoptée sur le fondement de l'habilitation législative prévue par la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020.

⁵⁸ F. DESPORTES, Conclusions sur crim., 26 mai 2020, n° 20-81.971.

Dans son avis, l'avocat général a procédé à une longue analyse littérale du texte concerné pour en conclure que « l'économie des mots » de l'article 16 de l'ordonnance du 25 mars 2020 « conduit à l'ambiguïté »⁵⁹. Cela lui a permis d'affirmer que la solution ne pouvait être trouvée dans la lettre du texte : « Au terme de cette analyse, littérale, du texte, il semble difficile d'avancer un argument déterminant en faveur de l'une ou l'autre interprétation »⁶⁰. Il a ainsi pu soutenir que la solution devait être recherchée en prenant en compte d'autres arguments : « Il faut donc chercher en dehors de la formule elle-même des éléments permettant d'en éclairer le sens »⁶¹. Cela l'a conduit à souligner l'importance de l'esprit de ce texte et des limites fixées par les droits fondamentaux.

D. Souligner le manque, la fragilité ou l'incompatibilité des fondements textuels d'une jurisprudence

19. Exploiter les faiblesses des fondements textuels d'une jurisprudence. Un argument fondé sur la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la problématique envisagée pouvant souvent s'avérer décisif, il est particulièrement utile en matière d'argumentation d'envisager tous les fondements pouvant permettre d'argumenter en faveur d'un revirement de jurisprudence. Les premiers d'entre eux se fondent sur les textes. Nous avons, en effet, vu qu'il est toujours possible de remettre en cause une jurisprudence *contra-legem* en préconisant un retour au respect de la lettre des textes applicables⁶². Selon la même logique, il est également possible de mettre en exergue la faiblesse des fondements textuels d'une jurisprudence pour soutenir qu'elle doit être modifiée. Une telle faiblesse des fondements textuels peut ainsi être mise en exergue lorsque les magistrats sont allés bien au-delà de ce que disposent les textes sur lesquels ils ont fondé leur décision. La fusion de régimes juridiques incompatibles peut, de la même manière, être critiquée lorsque la jurisprudence est fondée sur une articulation des textes pouvant paraître incohérente.

Ainsi, dans son avis sur l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 2 avril 2021⁶³, le procureur général François Molins met en évidence, pour contester la jurisprudence consacrée en 1971 par un arrêt de la chambre mixte, l'« absence de fondement juridique »⁶⁴ du principe énoncé par cette chambre. Il s'agissait, en l'espèce, de déterminer si le moyen qui reproche à la cour d'appel de renvoi d'avoir statué conformément à l'arrêt de cassation

⁵⁹ *Ibid.*, p. 16.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 15-16.

⁶¹ *Ibid.*, p. 16.

⁶² Voir *supra* n° 9.

⁶³ F. MOLINS, Avis sur Ass. plén., 2 avr. 2021, n° 19-18.814.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 10.

qui l'a saisie est recevable lorsqu'un revirement de jurisprudence postérieur à cet arrêt de renvoi pourrait bénéficier au demandeur au pourvoi. Or, en 1971, la chambre mixte avait consacré un principe d'irrecevabilité d'un tel moyen en fondant son raisonnement sur l'article 15 de la loi du 3 juillet 1967 relative à la Cour de cassation, devenu l'article L. 431-6 du Code de l'organisation judiciaire⁶⁵. Après avoir indiqué qu'aucun texte n'interdit de second pourvoi après l'arrêt de la cour d'appel de renvoi et qu'aucune disposition ne régit la recevabilité d'un tel pourvoi, le procureur général souligne le fait que l'article sur lequel s'est fondée la chambre mixte ne donne en réalité aucune réponse à la question examinée⁶⁶. Il rappelle que le principe qu'elle a consacré résulterait d'un raisonnement *a contrario* réalisé à partir des termes de l'article 15 de la loi de 1967, mais signale, à l'aide d'une citation empruntée à Jacques et Louis Boré, qu'il s'agit là d'« une interprétation audacieuse que l'on a peine à comprendre »⁶⁷. Cela lui permet de faire vaciller ce principe, dont il estime l'évolution « nécessaire »⁶⁸, et d'offrir ainsi une résonance particulière à la multitude d'arguments qu'il déploie pour montrer à la fois que rien ne justifie le maintien de ce principe et que son évolution assurerait « l'unité et l'effectivité du droit »⁶⁹. Il utilise, entre autres, pour cela, des arguments fondés sur les conséquences juridiques négatives qu'entraînerait le maintien de ce principe, en mettant notamment en exergue la « double inégalité de traitement juridique »⁷⁰ qui découlerait de son application et le fait que cette application « revient à appliquer une décision obsolète, à valider une décision devenue contraire au droit positif en son dernier état alors que le revirement de jurisprudence constitue par principe une amélioration du droit »⁷¹.

Dans le même but, mais en s'appuyant cette fois-ci sur l'incompatibilité des fondements de l'orientation jurisprudentielle remise en cause, l'avocat général référendaire Delphine Legohérel critique, dans son avis sur l'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 25 novembre 2020, plusieurs arrêts admettant, en matière de crédit affecté, que, suite à l'annulation ou à la résolution judiciaire du contrat financé, l'éventuelle faute du banquier soit sanctionnée par la déchéance automatique du droit à la restitution du capital prêté, sans envisager le

⁶⁵ Ch. mixte, 30 avr. 1971, n° 61-11.829.

⁶⁶ L'article 15 de la loi n° 67-523 du 3 juillet 1967 se contentait, en effet, de disposer, dans son alinéa 1^{er} : « Lorsque, après cassation d'un premier arrêt ou jugement rendu en dernier ressort, le deuxième arrêt ou jugement rendu dans la même affaire entre les mêmes parties procédant en la même qualité est attaqué par les mêmes moyens, le premier président saisit l'assemblée plénière par ordonnance de renvoi ».

⁶⁷ F. MOLINS, Avis sur Ass. plén., 2 avr. 2021, n° 19-18.814, p. 11. Il emprunte cette citation à J. et L. BORÉ, *La cassation en matière civile*, Paris, Dalloz, Dalloz Action, 2015, p. 741.

⁶⁸ F. MOLINS, Avis sur Ass. plén., 2 avr. 2021, n° 19-18.814, p. 21.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 20.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 13.

⁷¹ *Ibid.*, p. 23.

préjudice réellement subi par les emprunteurs. Pour ce faire, elle met en évidence « l'incohérence de cette jurisprudence » qui se fonde sur l'idée de responsabilité, puisqu'elle est fondée sur la faute du prêteur, mais conduit à prononcer une sanction automatique de déchéance du droit à la restitution fondée sur le code de la consommation. Cela lui permet d'appeler à « revenir à une application plus orthodoxe des textes relatifs aux crédits affectés et au principe de la responsabilité civile »⁷².

E. Utiliser les textes pour soutenir une conception de leur esprit

20. Rechercher l'esprit dans la lettre. La lettre des textes directement applicables, mais aussi celle des textes qui les entourent, peut également permettre de défendre une conception de l'esprit du corps de règles qu'ils forment. En effet, comme le soulignait Christian Atias,

« La raison de droit n'est pas celle que les rédacteurs d'une disposition légale ont invoquée pour présenter leur projet et pour convaincre députés et sénateurs de l'adopter. Elle est beaucoup plus subtile et complexe. Elle tient compte du corps de règles dans lequel la disposition prend place et sens ».

Il poursuivait un peu plus loin : « L'intention du législateur ne peut se comprendre qu'en mettant ensemble toutes les règles proches ou concurrentes »⁷³.

Ces réflexions nous permettent de comprendre qu'il est possible d'utiliser la lettre des textes concernés par la question de droit envisagée et celle des textes qui les entourent pour présenter leur esprit et notamment souligner les intentions de leurs auteurs. Cette discussion sur l'esprit des textes applicables peut avoir pour but de plaider pour une certaine interprétation de leur lettre ou de mettre en évidence le bien fondé d'une extension de leur champ d'application par l'intermédiaire d'un raisonnement par analogie ou d'un raisonnement a fortiori. L'argument ne s'appuie plus alors uniquement sur la lettre des textes, mais aussi et surtout sur leur esprit. Il s'agit d'en appeler à un argument hybride : déduit des textes, mais animé et validé par leur esprit.

II. Les arguments fondés sur l'esprit des textes ou celui d'une notion, d'un droit, d'une institution ou du domaine concerné

21. Des arguments plus forts que ceux fondés sur la lettre des textes ?

Les arguments fondés sur l'esprit des textes applicables ou l'esprit d'une notion juridique, d'un droit, d'une institution ou celui du domaine concerné s'appuient,

⁷² D. LEGOHEREL, Avis sur Civ. 1^{re}, 25 nov. 2020, n° 19-14.908, *RD bancaire et fin.*, 2021, comm. 4.

⁷³ Ch. ATIAS, *Devenir juriste. Le sens du droit, op. cit.*, p. 146.

eux aussi, paradoxalement, sur le ressort de l'autorité. Ils réclament notamment le respect de la volonté des auteurs des textes et, en cela, ils peuvent constituer des arguments encore plus puissants que ceux fondés sur la lettre de ces textes, car ces derniers peuvent trahir la volonté de leurs auteurs. Ces arguments réclament, en outre, de respecter la cohérence du domaine juridique concerné ou la cohérence de son évolution ou, parfois, la cohérence de l'ensemble du droit.

22. Où se trouve l'esprit? L'esprit d'un texte normatif réside dans la volonté de ses auteurs ou dans les objectifs qu'il poursuit⁷⁴. L'esprit d'un domaine du droit ou d'une notion juridique dépend de ces mêmes éléments et des évolutions récentes qu'il a connues. Le plus souvent, ces éléments sont à rechercher dans les textes eux-mêmes, mais aussi dans l'exposé de leurs motifs, dans les travaux préparatoires ayant conduit à leur rédaction et dans les réformes qui les ont modifiés. Ils peuvent aussi être recherchés dans les applications jurisprudentielles qui en sont faites.

Lorsqu'un doute existe sur l'esprit des textes applicables, ou qu'il est possible de le faire naître, des arguments se fondant notamment sur les textes eux-mêmes ou sur les intentions de leurs auteurs telles qu'elles ont été exprimées dans les travaux préparatoires peuvent donc être avancés pour en défendre une certaine conception.

23. Dans quel but utiliser l'esprit? Pour comprendre l'utilisation argumentative qu'il est possible de faire de l'esprit d'un texte ou de celui d'une notion ou d'un domaine, il convient d'envisager trois hypothèses, selon le degré de clarté des textes applicables au regard de la problématique envisagée.

Ainsi, si la lettre des textes applicables offre une réponse claire à cette problématique, la référence à leur esprit peut permettre soit de conforter cette lettre en soulignant la cohérence entre la lettre et l'esprit, soit de renverser ou de nuancer la lettre, en avançant que le sens littéral du texte trahit la volonté de ses auteurs. Concernant ce dernier point, il est, par exemple, possible, dans certains cas, de soutenir que le texte applicable ne doit pas être appliquée dans toute l'étendue prévue par sa lettre car cela irait contre son esprit, en s'appuyant sur un autre argument qui exige justement cet éclairage de la lettre par l'esprit, en l'occurrence un argument fondé sur l'adage *ratione legis, cessat ejus dispositio* (« la loi cesse là où cessent les motifs »). À l'inverse, il est possible, dans d'autres cas, ou en s'appuyant sur une conception différente de l'esprit des textes, de s'appuyer sur cet esprit, et notamment sur la raison d'être des textes, pour soutenir qu'il est souhaitable

⁷⁴ En se référant à une classification présentée par Giovanni Tarello, Chaïm Perelman estime qu'il convient de distinguer l'argument « psychologique », qui repose sur la recherche de la volonté du législateur, grâce au recours aux travaux préparatoires, et l'argument « téléologique », qui concerne « l'esprit et le but de la loi, que l'on ne reconstitue pas, cette fois, à partir de l'étude concrète des travaux préparatoires, mais à partir de considérations sur le texte même de la loi », Ch. PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, op. cit., p. 58.

d'en étendre le champ d'application en raisonnant par analogie ou a fortiori si l'on souhaite respecter la volonté des auteurs du texte normatif envisagé⁷⁵.

Si la réponse donnée par la lettre des textes normatifs fait discussion – parce que ces textes peuvent donner lieu à des interprétations différentes ou parce que certains de ces textes semblent se contredire ou encore parce qu'il est possible de soutenir qu'ils contiennent des exceptions implicites –, la référence à leur esprit pourra souvent permettre d'argumenter en faveur d'une interprétation donnée ou en faveur de la primauté de certains textes sur d'autres.

Enfin, lorsque les textes ne permettent d'avancer aucune réponse à la question envisagée, l'esprit des textes existant dans le domaine concerné ou dans des domaines connexes, voire l'esprit du domaine concerné, ou encore la raison d'être d'un ou plusieurs principes ou d'une notion, pourra à plus forte raison être mobilisé pour soutenir un point de vue.

24. Comment utiliser l'esprit? Qu'il s'agisse de conforter la solution clairement déductible de la lettre des textes applicables ou, au contraire, de la contester ou encore de soutenir une certaine interprétation de ces textes ou même d'énoncer une solution qui ne peut manifestement pas être trouvée dans les textes, l'utilisation argumentative de l'esprit peut concrètement être réalisée en se fondant soit sur la volonté des auteurs des textes applicables ou les objectifs que ces textes poursuivent (A), soit sur la nature réelle ou prétendue ou traditionnellement reconnue d'une notion, d'un droit, d'une institution ou du domaine concerné (B), soit encore en se fondant sur l'évolution de l'esprit du domaine concerné (C).

A. Se fonder sur la volonté des auteurs des textes applicables ou les objectifs poursuivis par ces textes

25. L'éclairage naturel de la lettre des textes applicables. Soutenir une certaine interprétation des textes applicables peut, en premier lieu, être réalisé en rappelant la volonté de leurs auteurs ou les objectifs que ces textes poursuivent. Il s'agit alors de pointer sur un élément prépondérant dans la compréhension de tout énoncé prescriptif : les intentions de son émetteur et les objectifs poursuivis par l'ordre ainsi formulé.

Pour mesurer la force de conviction que peut avoir un tel argument, il suffit par exemple de constater à quel point l'esprit finalement reconnu à la loi du 5 juillet 1985 a pu influencer les interprétations des notions conditionnant son application. L'esprit de cette loi perçue, après quelques années d'hésitations jurisprudentielles⁷⁶,

⁷⁵ Sur les raisonnements par analogie et a fortiori, voir notamment G. CORNU, « Le règne discret de l'analogie », *RRJ*, 1995, p. 1067 ; A. FERRACCI, « Argumenter a fortiori », *RRJ*, 2019, p. 1003.

⁷⁶ Hésitations dont Philippe Conte avait magnifiquement exposé les causes et les dangers, en écrivant notamment : « rien ne sert de réformer les textes, si ceux qui sont chargés de les appliquer restent

comme poursuivant une logique d'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation pour les dommages résultant des atteintes à la personne, a en effet conduit les juges à réaliser à la fois des interprétations extensives de ses conditions d'application⁷⁷ et des interprétations très restrictives d'une des causes pouvant limiter ou exclure l'indemnisation : la faute inexcusable de la victime non conductrice⁷⁸.

Dans un tout autre domaine, la chambre commerciale de la Cour de cassation a récemment pris le temps de préciser, dans son arrêt rendu le 26 janvier 2022, qu'elle avait interprété le nouvel article 1171 du Code civil, qui sanctionne les clauses abusives dans les contrats d'adhésion, « à la lumière » des travaux parlementaires de la loi du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance du 10 février 2016. C'est donc sous l'éclairage apporté par ces travaux qu'elle a considéré que cet article devait aussi être appliqué aux contrats conclus entre producteurs, commerçants, industriels ou personnes immatriculées au répertoire des métiers, sauf si ces contrats relèvent de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, dans sa rédaction antérieure à celle du 24 avril 2019, applicable en la cause. Elle a, par conséquent, affirmé que l'article 1171 du Code civil devait être appliqué aux contrats de location financière conclus par les établissements de crédit et les sociétés de financement⁷⁹.

prisonniers des réflexes intellectuels d'hier », Ph. CONTE, « Le législateur, la faute et l'implication (La fable édifiante de l'autonomie de la loi du 5 juillet 1985) », *JCP G*, 1990, n° 47, doctr., 3471.

⁷⁷ Les applications judiciaires de la notion d'implication du véhicule, visée par l'article 1^{er} de la loi du 5 juillet 1985, montrent, par exemple, clairement que cette notion est entendue de manière très large. La Cour de cassation a notamment admis, dès 1990, qu'il suffit, pour qu'il y ait implication d'un véhicule terrestre à moteur dans un accident de la circulation, que celui-ci soit intervenu d'une manière ou d'une autre dans l'accident, civ. 2^e, 28 févr. 1990, n° 88-20.133. Elle a aussi admis, en 1994, que le fait qu'un véhicule terrestre à moteur soit en stationnement n'exclut pas son implication dans un accident de la circulation, civ. 2^e, 23 mars 1994, n° 92-12.553 et n° 92-14.296. Elle a affirmé, en 1995, qu'est nécessairement impliqué dans l'accident tout véhicule terrestre à moteur qui a été heurté, qu'il soit à l'arrêt ou en mouvement, civ. 2^e, 25 janv. 1995. Elle a aussi admis, en 2002, que l'absence de contact avec un véhicule terrestre à moteur n'exclut pas nécessairement son implication dans l'accident, civ. 2^e, 14 nov. 2002, n° 00-20.594. Suivant la logique exprimée dans ce dernier arrêt, elle a, par exemple, récemment admis qu'un tracteur, qui circulait à allure très réduite sur le bas-côté de la route, était impliqué dans l'accident d'un motocycliste ayant perdu le contrôle de son véhicule alors qu'il tentait de le dépasser, civ. 2^e, 18 avr. 2019, n° 18-14.948.

⁷⁸ Les applications judiciaires de la notion de faute inexcusable de la victime non conductrice, qui peut, selon l'article 3 de la loi du 5 juillet 1985, lui être opposée lorsque cette faute a été la cause exclusive de l'accident, permettent ainsi de constater que cette notion est interprétée de façon très restrictive. Ainsi, en 1987, la Cour de cassation affirmait déjà que seule peut être considérée comme inexcusable la faute volontaire d'une exceptionnelle gravité exposant sans raison valable son auteur à un danger dont il aurait dû avoir conscience, civ. 2^e, 20 juill. 1987, 10 arrêts. Elle a, depuis, refusé de reconnaître l'existence d'une telle faute dans des cas dans lesquels la victime avait pourtant fait preuve d'une grande inconscience, voir, par exemple, civ. 2^e, 10 mai 1991, n° 90-10.196; Ass. plén., 10 nov. 1995, n° 94-13.912.

⁷⁹ Com., 26 janv. 2022, n° 20-16.782, n° 6.

Mais se prévaloir des travaux préparatoires relatifs à l'élaboration des textes applicables ou des débats parlementaires ayant envisagé de les modifier ne connaît pas toujours le même succès. Ainsi, dans son avis sur l'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 8 décembre 2016, le premier avocat général Léonard Bernard de la Gatinais a tenté de convaincre les magistrats de la première chambre civile de revenir sur la jurisprudence, déjà évoquée, qu'elle avait consacrée le 4 décembre 2013, en matière d'empêchement à mariage, en se référant aux débats parlementaires qui avaient eu lieu entre temps lors de l'examen du projet de loi concernant le mariage entre personnes de même sexe⁸⁰. Pour ce faire, il a souligné que, lors de l'examen de ce projet de loi, la prohibition du mariage entre alliés avait été maintenue par le législateur, Madame le garde des Sceaux précisant même devant la commission des lois que l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe se faisait à droit constant « c'est-à-dire dans les mêmes conditions de consentement et d'âge, et avec les mêmes prohibitions »⁸¹. Malgré cet argument, la première chambre civile a confirmé, en 2016, sa jurisprudence de 2013, même si, compte tenu des faits de l'espèce, elle a cette fois-ci validé l'annulation du mariage prononcée par la cour d'appel⁸².

B. Se fonder sur la nature d'un droit, d'une notion, d'une institution ou du domaine concerné

26. La nature comme argument juridique. L'un des usages argumentatifs possibles de l'esprit des textes applicables consiste à se référer à la nature réelle ou prétendue ou traditionnellement reconnue d'un droit, d'une notion, d'une institution ou du domaine concerné, pour s'appuyer sur l'un des attributs découlant de cette nature. Cela peut permettre de soutenir une certaine interprétation des textes applicables ou même, en l'absence de texte envisageant la question posée, de soutenir une solution. La force de conviction de cet argument dépend du caractère indiscutable ou non des deux affirmations sur lesquelles il s'appuie : d'une part, la reconnaissance de la nature attribuée au droit, à la notion, à l'institution ou au domaine concerné ; d'autre part, le rattachement à cette nature de l'attribut qui est censé en découler.

Ainsi, pour soutenir l'idée que les personnes morales ne peuvent prétendre à un droit au respect de la vie privée, il a pu être affirmé que le droit au respect de la vie privée est un « droit de la personnalité » (nature) et que ce type de droits « est irréductiblement lié à la personne humaine, à la qualité même d'être humain,

⁸⁰ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013.

⁸¹ L. BERNARD DE LA GATINAIS, *Avis sur civ. 1^{re}*, 8 déc. 2016, n° 15-27.201, *Dr famille*, 2017, n° 2, comm. 25.

⁸² *Civ. 1^{re}*, 8 déc. 2016, n° 15-27.201.

dont il garantit l'intimité, la dignité, la tranquillité »⁸³ (attribut). L'argument apparaît comme difficilement contestable car les deux affirmations qui le composent, aussi bien celle sur la nature du droit concerné que celle sur l'un des attributs découlant de cette nature, ne paraissent guère laisser de place à la réfutation.

La référence à la nature du domaine concerné semble, elle, avoir été décisive dans la désormais ancienne, mais célèbre controverse relative à la qualification à donner aux contrats dans lesquels une personne s'engage à délivrer à une autre une chose devant encore être fabriquée en fournissant non seulement le travail, mais aussi la matière permettant de la réaliser. Un tel contrat doit-il être considéré comme une vente d'une chose future ou comme un contrat d'entreprise ? Rappelons que, dans ce débat, le critère économique, qui se fondait sur une comparaison entre la valeur de la matière fournie et le coût du travail requis, était retenu depuis une quarantaine d'années, mais qu'il a finalement cédé en 1985 au profit d'un critère qui a paru plus pertinent encore aux magistrats de la troisième chambre civile de la Cour de cassation : le critère psychologique. Le critère psychologique a, en effet, été considéré comme intimement lié à la nature du domaine concerné, c'est-à-dire le domaine contractuel. L'argument peut être résumé en quelques mots : puisque la question de droit concerne la matière contractuelle, elle doit être tranchée en prenant avant tout en compte l'intention des parties. Aussi, convient-il, selon la Cour de cassation, de rechercher si un « travail spécifique en vertu d'indications particulières » a été réalisé. Dans l'affirmative, le contrat est un contrat d'entreprise. Dans la négative, il s'agit d'une vente⁸⁴. Dans cette controverse, la nature volontariste traditionnellement reconnue du domaine contractuel est ainsi venue fonder un revirement jurisprudentiel⁸⁵. La tradition ne s'est donc pas contentée de fournir le cadre général de l'argumentation, elle a permis d'en élaborer l'argument principal, rappelant par là même que si elle peut constituer une « contrainte psychologique » susceptible de paralyser tout débat, la tradition peut aussi constituer un puissant instrument d'argumentation⁸⁶.

⁸³ D. MAZEAUD, « Les personnes morales ne sont toujours pas vraiment des personnes comme les autres », *RTD civ.*, 2018, p. 624. L'argument a partiellement convaincu la Cour de cassation qui a affirmé que les personnes morales ne peuvent pas, par principe, se prévaloir d'une atteinte à la vie privée, tout en leur reconnaissant une certaine protection des droits de la personnalité, notamment un droit à la protection de leur nom, de leur domicile, de leurs correspondances et de leur réputation (civ., 1^{re}, 17 mars 2016, n° 15-14.072 ; civ., 1^{re}, 16 mai 2018, n° 17-11.210 ; crim., 16 janv. 2019, n° 17-83.006).

⁸⁴ Civ., 3^e, 5 février 1985, n° 83-16.675.

⁸⁵ Comme l'écrit F. Colonna d'Istria, « la définition volontariste du contrat demeure de tradition, en dépit des remises en cause ponctuelles », F. COLONNA D'ISTRIA, « Le poids de la tradition dans l'argumentation juridique », *RTD civ.*, 2019, n° 19.

⁸⁶ *Ibid.*, n° 21 et s.

Pour ce qui concerne l'utilisation argumentative de la nature d'une institution, nous en avons déjà donné un exemple lors de la présentation des arguments fondés sur la lettre des textes applicables. En effet, nous avons vu, en citant certains des arguments avancés par un auteur pour critiquer l'arrêt rendu le 4 décembre 2013 par la première chambre civile en matière d'empêchement à mariage, que la nature du juge et de la fonction de juger peut fonder un argument générique permettant de renforcer un argument littéral⁸⁷. Il s'agit alors de se référer à cette nature – le juge est l'interprète des textes applicables – pour rappeler un attribut essentiel découlant de celle-ci : il doit déterminer le sens des textes et non en modifier le contenu ou les nier. Employée dans ce contexte, une telle affirmation permet de renforcer l'appel au respect de la lettre des textes applicables⁸⁸.

C. Se fonder sur l'évolution de l'esprit du domaine concerné

27. Inciter à « nager dans le sens du courant ». Le droit se présentant comme un système évolutif, dynamique, l'esprit d'un domaine du droit réside parfois dans l'esprit de ses évolutions récentes. La référence à ces évolutions peut donc, elle aussi, fournir un argument fort pour soutenir une certaine interprétation des textes applicables, y compris une interprétation extensive ou une interprétation *contra-legem*, ou pour soutenir une des solutions possibles en l'absence de texte susceptible de livrer des éléments de réponse à la problématique envisagée. Cette référence à l'esprit des évolutions récentes du domaine concerné peut même être opposée à l'esprit initial de ce domaine afin de soutenir une interprétation ou une solution nouvelle. Il s'agit alors d'affirmer que la cohérence actuelle du domaine en question doit être privilégiée, même si cela doit se faire au détriment de sa conception traditionnelle, en incitant en quelque sorte les juges à « nager dans le sens du courant ».

Pour illustrer la manière dont il est possible de se fonder sur l'évolution de l'esprit du domaine concerné pour renverser une conception traditionnellement admise, nous prendrons comme exemple les conclusions que l'avocat général Jerry Sainte-Rose a présenté à la Cour de cassation en avril 2000 pour l'inciter, avec

⁸⁷ Voir *supra* n° 12.

⁸⁸ Pour un autre exemple, voir F. ROUVIÈRE, « L'esprit contre la lettre : un fauteuil roulant électrique n'est pas un véhicule terrestre à moteur », *op. cit.*, p. 975, qui affirme, pour critiquer l'arrêt du 6 mai 2021 dans lequel la deuxième chambre civile de la Cour de cassation rejette la qualification de véhicule terrestre à moteur pour un fauteuil roulant électrique utilisé par une personne en situation de handicap : « En définitive, ce n'est qu'au prix d'une fiction que le fauteuil roulant n'est pas traité comme un VTM. Ce type de procédé dérogatoire est le propre de l'action législative [...] non du pouvoir judiciaire ». L'auteur ajoute peu après : « Ici nous sommes dans une hypothèse où les textes sont explicitement niés et modifiés. Or, ce sont d'abord les règles qui devraient s'appliquer, avant les considérations tirées des finalités politiques ».

succès, à considérer que le prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel⁸⁹. Dans celles-ci, Jerry Sainte-Rose a pris le temps de souligner le souci croissant du droit, depuis les lois Scrivener de 1979, de protéger l'emprunteur dans sa relation avec un professionnel du crédit et a invité la Cour de cassation à s'inscrire dans cette évolution. Pour ce faire, il s'est non seulement appuyé sur les derniers textes en date, dont ceux relatifs aux crédits à la consommation et aux crédits immobiliers, mais aussi sur la jurisprudence à laquelle ils ont donné lieu⁹⁰. Il a notamment cité l'arrêt rendu par la première chambre civile le 27 mai 1998 dans lequel celle-ci a décidé que les crédits immobiliers régis par le code de la consommation n'ont pas la nature de contrat réel⁹¹. Cet exemple nous montre ainsi que la jurisprudence peut, elle aussi, permettre de défendre une certaine conception de l'esprit d'un domaine du droit, en tout cas de l'esprit de son évolution.

III. Les arguments fondés sur la jurisprudence

28. Défendre un point de vue en rappelant celui de certains juges.

Utiliser la jurisprudence pour soutenir un point de vue consiste à mettre en avant une ou plusieurs décisions de justice dans un but déterminé. Il peut notamment s'agir de soutenir une certaine interprétation des textes applicables ou une des solutions possibles à la question posée, en rappelant que cette interprétation ou cette solution a déjà été adoptée pour répondre à la problématique envisagée ou à une problématique comparable. Mais il peut également s'agir de soutenir une affirmation ne faisant que participer à la démonstration d'ensemble. Dans ce cas, le but de la mobilisation de données jurisprudentielles n'est plus directement de soutenir la thèse défendue, mais de soutenir une étape du raisonnement conduisant à l'affirmation de cette thèse. La mobilisation de données jurisprudentielles peut, par exemple, permettre d'affirmer que la jurisprudence donne des réponses contradictoires à la question à trancher ou que la réponse qu'elle apporte dans un domaine proche ne peut être transposée à la problématique en examen afin de soutenir qu'il convient, par conséquent, de rechercher cette réponse en s'appuyant sur d'autres arguments. La jurisprudence permet alors de fonder un argument secondaire destiné à renforcer la pertinence d'autres arguments. Ainsi, la mise en avant d'une ou plusieurs décisions de justice « isolées » peut servir à tenter de relativiser la force de conviction d'un argument fondé sur une orientation jurisprudentielle dominante avancé par

⁸⁹ J. SAINTE-ROSE, Conclusions sur civ. 1^{re}, 28 mars 2000, n° 97-21.422, *JCP G*, 2000, n° 17, II, 10296.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 6-7.

⁹¹ Civ. 1^{re}, 27 mai 1998, n° 96-17.312. En commentant cet arrêt, un auteur soulignait déjà, en 1999, l'influence des changements législatifs et jurisprudentiels récents sur l'évolution de l'esprit du contrat de prêt d'argent : « Par touches législatives et jurisprudentielles successives, le droit de la consommation renouvelle ainsi notre vision civiliste du contrat de prêt d'argent en faisant apparaître le rôle social que jouent, malgré eux, le banquier et l'assureur dans une économie de crise », M. BRUSCHI, « Au-delà du réel : le crédit immobilier ? », *D.*, 1999, p. 194, n° 22.

le contre-discours, en montrant que cette dernière est remise en cause par d'autres décisions ou que sa portée ne saurait être étendue à la problématique envisagée.

29. Les ressorts et la force des arguments fondés sur la jurisprudence. Le besoin de cohérence du droit, mais aussi l'autorité reconnue à certaines décisions expliquent la force de conviction des arguments fondés sur la jurisprudence. La recherche permanente d'une cohérence globale du droit se présente, par conséquent, comme le ressort fondamental de ces arguments, puisque l'autorité reconnue aux décisions rendues par certaines juridictions et celle encore plus grande accordée aux arrêts rendus par leurs formations solennelles trouvent justement leur justification dans ce besoin de cohérence. C'est en effet pour satisfaire ce besoin qu'une fonction d'harmonisation de la jurisprudence est assignée à la Cour de cassation et au Conseil d'État.

Il faut dire que, le droit étant une œuvre écrite à plusieurs mains, la cohérence de ses applications se présente comme l'élément majeur conditionnant les sentiments de justice ou d'injustice que ces applications peuvent faire naître. Plus que tout autre domaine, le droit se doit en effet, pour asseoir sa légitimité aux yeux de tous, de respecter les préceptes de la « règle de justice », car ces derniers sont profondément ancrés dans l'inconscient collectif. Or, la règle de justice exige que soit appliqué un traitement identique à des êtres ou à des situations similaires⁹².

Compte tenu des ressorts sur lesquels ils s'appuient, les arguments fondés sur la jurisprudence peuvent disposer d'une force de conviction très variable selon la nature de l'argument employé, la nature et le nombre des décisions mobilisées, la juridiction ou la formation les ayant rendues et l'existence de décisions contradictoires. Ainsi, les arrêts rendus par une chambre de la Cour de cassation ne peuvent tous prétendre au même degré d'autorité. La distinction entre arrêts de principe et arrêts d'espèce l'illustre très bien, même si elle est loin d'épuiser le sujet : à l'intérieur de ces deux catégories, les arrêts peuvent revêtir une autorité bien différente selon la date à laquelle ils ont été rendus, la nature de la diffusion qui leur a été accordée, les divergences jurisprudentielles qui les accompagnent, les critiques doctrinales dont ils font l'objet et même les faits qui ont donné lieu à leur prononcé.

⁹² Comme l'explique F. Rouvière, si la règle de justice n'a apparemment reçue cette appellation qu'au ^{xx}e siècle, elle était déjà exposée dans le traité des Topiques de Cicéron, « *valeat aequitas, quae paribus in causis paria jura desiderat* » (« L'équité l'emporte et elle impose que dans les causes identiques on applique des principes identiques »), F. ROUVIÈRE, « Le fondement du savoir juridique », *RTD civ.*, 2016, p. 279, n° 8, note 46. Au ^{xx}e siècle, la règle de justice a, à plusieurs reprises, été présentée et analysée par Chaim Perelman. En 1960, il lui consacre même un article, dans la revue *Dialectica*, dans lequel il en présente la logique, mais aussi les limites : « Il est juste d'après [la règle de justice] de traiter de la même façon ceux qui sont essentiellement semblables. Elle ne précise pas quand deux êtres ou deux situations sont essentiellement semblables, elle ne nous dit pas non plus comment il faut les traiter », Ch. PERELMAN, « La règle de justice », *Dialectica*, 1960, vol. 14, n° 2/3, p. 230-238.

Malgré ces réserves, la référence à des données jurisprudentielles peut, dans nombre de situations, permettre d'élaborer un argument puissant, qui peut même paraître impossible à renverser lorsqu'il s'appuie sur une jurisprudence constante et plusieurs fois réaffirmée. Il faut dire que, en dépit de la prohibition des arrêts de règlement, la référence à la jurisprudence constitue un passage quasi-incontournable de toute argumentation en droit. En ce sens, un auteur souligne, dans une riche et passionnante thèse soutenue en 2021, consacrée à *La pratique du précédent en droit français*, que sur les 190 avis d'avocats généraux à la Cour de cassation et les 170 conclusions de rapporteurs publics au Conseil d'État qu'il a analysés, 98 % d'entre eux se réfèrent à des données jurisprudentielles⁹³. Au-delà de ce pourcentage édifiant, l'étude approfondie de ces travaux préparatoires aux arrêts de la Cour de cassation et du Conseil d'État et des arrêts qui leur ont succédé conduit l'auteur à affirmer que « si les juges se cachent effectivement derrière la loi, le précédent incarne le véritable pivot et la contrainte majeure de l'argumentation »⁹⁴.

30. Les divers usages argumentatifs de la jurisprudence. Quasiment incontournable, la mise en exergue de certaines références jurisprudentielles ou des particularités de certaines décisions peut être réalisée de diverses manières et poursuivre des buts argumentatifs très différents. Il est ainsi possible de se fonder sur un principe ou une définition consacré par la jurisprudence (A). Il est aussi possible d'exposer un panel de décisions afin de présenter une certaine conception de l'état actuel de la jurisprudence pour, par exemple, appeler au respect de l'orientation jurisprudentielle dominante (B). Un autre usage argumentatif de la jurisprudence consiste à mettre en avant une ou plusieurs décisions pour soutenir une certaine qualification juridique des faits (C). Il est, enfin, possible de mettre en avant une ou quelques décisions « isolées » pour légitimer la consécration d'une jurisprudence nouvelle (D).

⁹³ G. LEROY, *La pratique du précédent en droit français. Étude à partir des avis de l'avocat général à la Cour de cassation et des conclusions du rapporteur public au Conseil d'État*, Thèse, Aix-Marseille Université, 2021, n° 15. Les avis et rapports analysés dans cette étude couvrent la période qui s'étend du début des années 2000 à l'année 2021. L'étude collective menée, sous la direction du Professeur Pascale Deumier, sur les travaux préparatoires aux arrêts de la Cour de cassation et du Conseil d'État rendus en 2009, relevait des pourcentages sensiblement équivalents : « La part des rapports des conseillers-rapporteurs et des avis des avocats généraux sur les arrêts de la Cour de cassation, rendus en 2009, ne faisant aucune référence à la jurisprudence s'élève à environ 5 %. La part des conclusions des rapporteurs publics s'affranchissant du rappel des arrêts de la juridiction s'élève à 3 % », C. PROS-PHALIPPON, « La référence aux précédents de la juridiction », in P. DEUMIER (dir.), *Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, op. cit., p. 36.

⁹⁴ G. LEROY, *La pratique du précédent en droit français. Étude à partir des avis de l'avocat général à la Cour de cassation et des conclusions du rapporteur public au Conseil d'État*, op. cit., n° 111.

A. Se fonder sur un principe ou une définition consacré par la jurisprudence

31. L'exploitation argumentative des principes et définitions consacrés par les juges. Qu'ils viennent préciser les textes applicables ou pallier leur absence, les principes, mais aussi les définitions, expressément consacrés par la Cour de cassation, ou pour la juridiction administrative par le Conseil d'État, sont parfois énoncés sous une forme en tous points comparable à celle employée dans les textes normatifs⁹⁵. Cette caractéristique formelle permet un usage argumentatif de ces éléments proche de celui qui pourrait être fait d'un principe ou d'une définition issu des textes. Il est ainsi possible de se fonder sur la lettre d'un principe jurisprudentiel en usant de certains des procédés pouvant être mis en œuvre pour exploiter la lettre des textes applicables, soit en avançant un argument littéral, lorsque la lettre du principe mis en avant donne une réponse claire à la question posée, soit en argumentant sur le sens à attribuer aux termes employés pour formuler ce principe⁹⁶. Une définition jurisprudentielle peut, elle, être mise à profit au service d'une argumentation en usant des mêmes procédés que ceux permettant d'exploiter une définition issue des textes normatifs⁹⁷.

32. S'appuyer sur la lettre d'un principe prétorien. Lorsqu'un principe a été consacré par un ou plusieurs arrêts, il est possible de s'appuyer sur sa lettre pour soutenir une solution ou, s'il n'a pas été expressément consacré en une formule, de formuler le principe à partir des applications qu'il a reçues pour demander son application à la situation de faits en examen.

L'hypothèse la plus simple est celle dans laquelle le principe en question a été expressément consacré en une formule et que celle-ci donne une réponse claire à la problématique envisagée. Dans ce cas, l'argument consiste tout simplement à préconiser d'appliquer ce principe comme s'il était issu d'un texte, en faisant abstraction des faits qui ont donné lieu à sa consécration. En l'absence d'autres décisions remettant en cause ce principe, l'argument avancé peut alors disposer d'une force considérable, en particulier si le principe visé a justement été consacré par la juridiction ou la formation à laquelle on s'adresse. Un avocat général a ainsi pu qualifier d'« imparable » l'argumentation d'un pourvoi formé devant la chambre sociale de la Cour de cassation en raison du fait qu'elle se fondait sur un principe consacré par cette même chambre quelques années auparavant⁹⁸.

⁹⁵ *Ibid.*, n° 52.

⁹⁶ Voir *supra* n° 9 et 13-17.

⁹⁷ Voir *supra* n° 11 et 16.

⁹⁸ P. FOERST, Avis sur soc., 1^{er} fév. 2012, n° 10-17.394 et 10-17.591, cité par G. LEROY, *La pratique du précédent en droit français. Étude à partir des avis de l'avocat général à la Cour de cassation et des conclusions du rapporteur public au Conseil d'État*, *op. cit.*, n° 35.

Mais un principe prétorien énoncé dans un domaine peut également être mis en exergue pour demander son extension au domaine concerné par la problématique envisagée. Il s'agit dans ce cas de préconiser une évolution de la jurisprudence au regard des similitudes existant entre le domaine d'application du principe mobilisé et celui concerné par la question à trancher. Ainsi, pour répondre à la question de savoir si la responsabilité pénale d'une société absorbée, suite à une fusion-absorption, doit être transmise à la société absorbante, l'avocat général Renaud Salomon a, après avoir relevé que la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation refusait en toute hypothèse cette transmission, proposé à cette chambre que le principe de responsabilité pénale du fait personnel soit infléchi en cas de fraude à la loi, c'est-à-dire si la fusion-absorption avait justement pour but de faire obstacle aux poursuites pénales. Pour ce faire, il a demandé que soit étendue la solution que la chambre commerciale avait retenue dans une affaire d'abus de marché⁹⁹. Sans l'énoncer clairement dans une formule placée en tête de son arrêt, cette dernière avait, en effet, consacré le principe selon lequel la fraude à la loi constituait une exception au principe de la personnalité des poursuites et des sanctions¹⁰⁰. Le raisonnement de l'avocat général a convaincu la chambre criminelle qui a modifié sa jurisprudence pour affirmer dans un arrêt du 25 novembre 2020 :

« il doit être considéré que l'existence d'une fraude à la loi permet au juge de prononcer une sanction pénale à l'encontre de la société absorbante lorsque l'opération de fusion-absorption a eu pour objectif de faire échapper la société absorbée à sa responsabilité pénale »¹⁰¹.

Il est, enfin, possible de mettre en avant un principe prétorien pour en réclamer une interprétation *a contrario*¹⁰². Il s'agit alors de se fonder sur la lettre d'un principe consacré par la jurisprudence pour affirmer que toute hypothèse située en dehors du champ d'application qu'il vise doit recevoir une solution différente de celle qu'il prévoit. Une telle interprétation *a contrario* est, par exemple, envisagée par l'avocat général Frédéric Desportes, dans ses conclusions relatives à l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation rendu le 26 mai 2020¹⁰³, lorsqu'il se demande si la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par le demandeur au pourvoi doit être renvoyée devant le Conseil constitutionnel. Il faut dire que cette question de constitutionnalité portait sur l'interprétation jurisprudentielle constante de dispositions de la loi du 23 mars 2020 alors que la Cour de cassation ne s'était encore jamais prononcée sur cette interprétation. Raisonnant sur ce cas

⁹⁹ R. SALOMON, Avis sur crim., 25 nov. 2020, n° 18-86.955, p. 13.

¹⁰⁰ Com., 15 juin 1999, n° 97-16.439.

¹⁰¹ Crim., 25 nov. 2020, n° 18-86.955, n° 41.

¹⁰² C. ATIAS, « Jurisprudence *a contrario*? », *D.*, 1997, p. 297.

¹⁰³ F. DESPORTES, Conclusions sur crim., 26 mai 2020, n° 20-81.971.

de figure quelque peu paradoxal, l'avocat général écrit, en s'appuyant sur plusieurs décisions du Conseil constitutionnel,

« vous pourriez lui opposer la jurisprudence constante du Conseil constitutionnel selon laquelle “*en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu’une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition*”, étant précisé qu’une telle interprétation doit être le fait de la juridiction placée au sommet de l’un des deux ordres de juridictions. De ce principe, il pourrait être déduit, *a contrario*, que le demandeur n’est pas recevable à contester une interprétation qui est, à ce stade, hypothétique puisque vous n’avez jamais eu à prendre parti sur le sens et la portée des dispositions [concernées] »¹⁰⁴.

L’avocat général estime toutefois que cette solution « apparaît discutable »¹⁰⁵ et conclut finalement en faveur du renvoi de la question prioritaire de constitutionnalité¹⁰⁶.

33. L’éventualité d’un revirement de jurisprudence. Bien qu’elle dispose souvent d’une force de conviction considérable, l’exploitation argumentative d’un principe prétorien ou d’une définition consacrée par la jurisprudence peut voir son efficacité neutralisée par la remise en cause du principe ou de la définition en question. Quels que soient l’ancienneté et le nombre de réaffirmations jurisprudentielles de ce principe ou de cette définition, un revirement de jurisprudence est, en effet, toujours possible. Cette éventualité, qui laisse aux défenseurs de la thèse adverse l’espoir d’une issue favorable, empêche de reconnaître aux arguments fondés sur un principe ou une définition jurisprudentiel la même force que celle à laquelle peuvent prétendre les arguments fondés sur la lettre de textes applicables.

Il est donc toujours possible de convaincre du bien-fondé d’une solution malgré la présence d’un principe jurisprudentiel conduisant apparemment à une solution différente, en préconisant un revirement de jurisprudence. C’est ce que font parfois les avocats généraux à la Cour de cassation en affirmant, par exemple, que « la question d’une évolution de la jurisprudence de la chambre se pose »¹⁰⁷ ou, au sujet de la transmission à la société absorbante de la responsabilité pénale d’une société absorbée, qu’« il n’en demeure pas moins que la jurisprudence de la chambre criminelle doit désormais prévoir des possibilités de faire obstacle à l’impunité parfois choquante »¹⁰⁸. Renverser un principe jurisprudentiel demandera

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 5.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 13.

¹⁰⁷ S. ZIENTARA-LOGEAY, Conclusions sur crim., 8 juillet 2020, n° 20-81.739, p. 10.

¹⁰⁸ R. SALOMON, Avis sur crim., 25 nov. 2020, n° 18-86.955, p. 10.

toutefois d'élaborer une argumentation solide car le souci de stabilité de la jurisprudence s'oppose à ce que cette dernière soit trop souvent modifiée¹⁰⁹.

Une autre voie peut être empruntée pour ne pas succomber sous la force argumentative d'un principe prétorien. Il est en effet possible de souligner, à l'aide de décisions ne faisant pas application de ce principe, que celui-ci n'est pas d'application constante. Il s'agit, dans ce cas, de présenter une certaine conception de l'état actuel de la jurisprudence.

B. Présenter une certaine conception de l'état actuel de la jurisprudence

34. Uniformité totale ou subjectivité. À moins qu'une uniformité incontestable caractérise l'ensemble des décisions rendues sur une question, toute reconstruction de la jurisprudence en vue de sa présentation est forcément empreinte de subjectivité. L'induction ou, plus exactement, la montée en généralité qui peut être réalisée à partir du rapprochement de décisions diverses ne peut, en effet, prétendre à l'objectivité des inductions réalisées dans les sciences expérimentales, car elle implique nécessairement une sélection des décisions mises en avant pour exposer l'état actuel de la jurisprudence. En outre, le choix de présenter ces décisions dans un ordre chronologique ou de les exposer sous un autre angle, par exemple suivant le domaine concerné ou en les classant selon la juridiction les ayant rendues, n'est jamais neutre : il porte en lui une certaine conception, une certaine perception du « panorama jurisprudentiel ». Au-delà de ces éléments, l'importance attribuée à certaines décisions, tout comme le fait de passer sous silence ou, au contraire, de mettre en valeur des décisions ne s'inscrivant pas dans la ligne jurisprudentielle dominante sont autant de facteurs permettant de considérer que toute systématisation de la jurisprudence sur un sujet peut poursuivre une visée argumentative, c'est-à-dire être réalisée pour soutenir une des réponses possibles à la problématique envisagée. De la même manière, l'appréciation portée sur la cohérence ou l'incohérence de l'ensemble formé par les décisions évoquées peut s'avérer particulièrement subjective et peut donc avoir une portée argumentative importante.

Pour illustrer cette dernière affirmation, il paraît pertinent d'évoquer à nouveau l'avis rendu par l'avocat général Renaud Salomon sur la question de savoir si la responsabilité pénale d'une société absorbée doit être transmise à la société absorbante. En effet, dans cet avis, l'avocat général reconnaît, dans un

¹⁰⁹ En ce sens, G. Leroy affirme : « dès lors qu'un moyen se heurte à une jurisprudence constante, il est très certainement voué à l'échec ; la jurisprudence constante permettra de l'écarter. A contrario, un moyen qui critique utilement une décision de justice sur le fondement d'une jurisprudence constante a vocation à prospérer en vertu du principe de continuité », G. LEROY, *La pratique du précédent en droit français. Étude à partir des avis de l'avocat général à la Cour de cassation et des conclusions du rapporteur public au Conseil d'État*, op. cit., n° 39. Si le constat mérite, à notre avis, d'être nuancé, il est révélateur de la difficulté d'argumenter contre une jurisprudence constante.

premier temps, que la position de la chambre criminelle sur cette question « peut apparaître, *prima facie*, isolée et surprenante » car « elle semble diverger de celle de la Cour de Justice de l'Union européenne et de la chambre commerciale de la Cour de cassation ainsi de celle du Conseil d'État » puisque « ces trois juridictions jugent à l'unisson qu'une sanction administrative, en droit de la concurrence comme en droit boursier et en droit fiscal, peut être prononcée à l'encontre d'une société absorbante à raison de manquements commis par la société absorbée »¹¹⁰. Mais il affirme, un peu plus loin, que « l'opposition entre la jurisprudence de la chambre criminelle et celle des autres juridictions suprêmes est en réalité plus apparente que réelle »¹¹¹. Cette dernière observation lui permet de préconiser un changement de jurisprudence qui peut paraître moins radical : en alignant sa jurisprudence sur celle des autres juridictions citées, la chambre criminelle procéderait plus à un infléchissement qu'à un véritable revirement jurisprudentiel.

Il convient toutefois de préciser que, si la présentation de l'état actuel de la jurisprudence laisse à celui qui la réalise la possibilité de mettre l'accent sur certaines de ses caractéristiques, notamment quant à sa cohérence ou à ses contradictions, il reste impossible de passer sous silence une ou plusieurs décisions importantes ou de déformer les enseignements qui peuvent être tirés de chacune des ces décisions sous peine d'ôter toute crédibilité à l'argumentation développée. Cette présentation peut donc être orientée, mais elle ne peut dénaturer ce qui est objectivement constatable. Pour parvenir à faire adhérer un auditoire à une conclusion, il est, en effet, nécessaire qu'il adhère préalablement aux prémisses qui la fondent.

35. Les visées argumentatives de la présentation de la jurisprudence.

Dans le cadre d'une argumentation, la présentation de l'état actuel de la jurisprudence peut poursuivre deux objectifs principaux.

Cette présentation de l'état actuel de la jurisprudence peut ainsi avoir pour but de soutenir qu'il existe une orientation jurisprudentielle dominante pour appeler au respect de cette ligne directrice, voire pour affirmer qu'un principe jurisprudentiel peut en être induit. Il s'agit alors de s'appuyer sur le ressort extrêmement puissant de la cohérence générale du droit pour préconiser une solution permettant de la conserver et même de la renforcer. Comme l'indique Pascale Deumier, compte tenu de sa force, ce ressort est très souvent mis à profit dans les avis et rapports présentés devant la Cour de cassation, il constitue « l'un des

¹¹⁰ R. SALOMON, Avis sur crim., 25 nov. 2020, n° 18-86.955, p. 7. Sur la relativisation des divergences de jurisprudence par les avocats généraux à la Cour de cassation par l'intermédiaire d'une présentation chronologique permettant d'affirmer que la jurisprudence est désormais stabilisée ou par l'affirmation, régulièrement employée, selon laquelle les divergences ne sont qu'apparentes, voir G. LEROY, *La pratique du précédent en droit français. Étude à partir des avis de l'avocat général à la Cour de cassation et des conclusions du rapporteur public au Conseil d'État*, op. cit., n° 42 et s.

¹¹¹ R. SALOMON, Avis sur crim., 25 nov. 2020, n° 18-86.955, p. 9.

ressorts principaux de l'argumentation des magistrats »¹¹². Il peut notamment permettre de demander qu'une jurisprudence rendue dans un autre domaine, voire par une autre juridiction, soit étendue ou transposée dans le domaine concerné par le litige, comme le fait l'avocat général Renaud Salomon dans l'avis que nous évoquons dans le paragraphe précédent¹¹³.

La présentation d'une certaine conception de l'état actuel de la jurisprudence peut, à l'inverse, permettre d'affirmer que la jurisprudence n'est pas fixée sur la problématique envisagée et qu'il convient, par conséquent, d'accorder plus d'importance aux autres arguments pouvant être avancés. Même une ou plusieurs décisions dites « isolées » peuvent ainsi permettre de contester la constance de la ligne jurisprudentielle dont peut se prévaloir le contre-discours afin d'indiquer que la solution du cas d'espèce doit être recherchée dans d'autres arguments.

Ainsi, dans son avis relatif à la question de savoir si les manœuvres dolosives du mandataire doivent engager la responsabilité du mandant à l'égard du cocontractant dont le consentement a été vicié, le premier avocat général Christine Guéguen fait état d'une jurisprudence « dense mais disparate »¹¹⁴. Cela lui permet de mettre l'accent sur un argument relatif aux conséquences des solutions pouvant être retenues. Elle affirme, en effet, que ne pas retenir la responsabilité du mandant conduirait à une différence de traitement selon que la victime du dol demande ou non l'annulation du contrat conclu. Selon elle, le mandant ne subirait les conséquences du dol que dans la première hypothèse, en voyant le contrat annulé et en devant réparation pour tout préjudice non réparé par la nullité proprement dite. Or, elle estime qu'« une telle différence de traitement n'est absolument pas justifiable »¹¹⁵. Son raisonnement n'a pas été suivi par la chambre mixte de la Cour de cassation¹¹⁶.

C. Mettre en avant une ou plusieurs décisions pour soutenir une certaine qualification juridique des faits

36. L'usage de la jurisprudence face à un problème de qualification.

Faire référence à certaines décisions peut également permettre d'argumenter dans un sens lorsqu'une question de qualification juridique se pose. Il s'agit alors de soutenir qu'une qualification doit être retenue, ou écartée, en raison du fait qu'elle l'a déjà été dans des situations de fait identiques ou comparables. L'argument invite donc à reproduire le raisonnement ou à raisonner par analogie par rapport à certaines décisions, en s'appuyant sur le besoin de cohérence de la jurisprudence.

¹¹² P. DEUMIER, « Les “motifs des motifs” des arrêts de la Cour de cassation. Étude des travaux préparatoires », *op. cit.*, p. 134.

¹¹³ R. SALOMON, Avis sur crim., 25 nov. 2020, n° 18-86.955.

¹¹⁴ Ch. GUÉGUEN, Avis sur Ch. mixte, 29 oct. 2021, n° 19-18.470, p. 6.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 21.

¹¹⁶ Ch. mixte, 29 oct. 2021, n° 19-18.470.

Bien entendu, la force de conviction d'un tel argument dépend, lorsqu'il invite à un raisonnement par analogie, du choix des exemples d'applications retenus et de la pertinence du rapprochement préconisé.

L'application de la loi du 5 juillet 1985, sur l'indemnisation en matière d'accidents de la circulation, fournit de très nombreux exemples de ces problèmes de qualification et, par conséquent, d'utilisations de références jurisprudentielles destinées à soutenir leur résolution dans un sens plutôt que dans un autre. Nous n'en retiendrons ici que deux : un premier dans lequel le rapprochement préconisé nous paraît pertinent et nous semble donc capable d'entraîner l'adhésion au raisonnement conduit par son auteur ; un second dans lequel ce rapprochement nous paraît plus discutable, ce qui donne, à nos yeux, à l'argument déployé une force de conviction limitée.

Dans le premier exemple, un auteur s'interroge sur une question qui n'est encore que prospective, celle de savoir si la loi du 5 juillet 1985 devra être appliquée aux accidents de la circulation impliquant des véhicules autonomes, c'est-à-dire des véhicules sans chauffeur, lorsque ces véhicules seront autorisés à circuler en France¹¹⁷. Pour soutenir qu'elle devrait l'être, si aucun texte spécifique n'est adopté à leur sujet, l'auteur rappelle que la Cour de cassation a affirmé que la loi de 1985 doit être appliquée à un accident dans lequel une personne a été renversée par son propre véhicule qu'elle a stationné en pente sans en serrer correctement le frein à main¹¹⁸. L'analogie nous semble, dans ce cas, pertinente et susceptible d'emporter l'adhésion.

Le second exemple concerne, lui, une question que nous avons déjà évoquée : celle de savoir si le fauteuil roulant électrique d'une personne en situation de handicap doit être considéré comme un véhicule terrestre à moteur au sens de la loi du 5 juillet 1985¹¹⁹. Pour soutenir une réponse affirmative à cette question, un auteur fait, entre autres, référence à deux arrêts de la Cour de cassation qui devraient par comparaison conduire à appliquer la qualification de véhicule terrestre à moteur au fauteuil roulant électrique d'une personne en situation de handicap : « En ce qui concerne le VTM, la Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer pour décider qu'une tondeuse à gazon auto-portée, tout comme une mini-moto conduite par un enfant de 6 ans étaient des VTM, et il est permis de penser qu'elle s'est d'abord appuyée sur le sens commun »¹²⁰. La pertinence du rapprochement réalisé nous paraît ici contestable et donner à l'argument une force de conviction très faible car, dans

¹¹⁷ P. MICHEL, « Les accidents de la circulation impliquant des véhicules autonomes à l'épreuve de la loi Badinter », in J.-Ph. AGRESTI et É. GASPARINI (dir.), *Les mutations de la justice*, Aix-en-Provence, PUAM, 2020, p. 122.

¹¹⁸ Civ. 2^e, 5 fév. 2015, n° 13-26.358.

¹¹⁹ Voir *supra* n° 16-17.

¹²⁰ M. EHRENFELD, « Un fauteuil roulant électrique n'est pas un véhicule terrestre à moteur ou les mots ont-ils encore un sens? », *op. cit.*, p. 58. Les arrêts cités sont respectivement civ. 2^e, 24 juin 2004, n° 02-20.208 et civ. 2^e, 22 oct. 2015, n° 14-13.994.

la problématique relative à la qualification d'un fauteuil roulant électrique, ce n'est pas le fait qu'il soit propulsé électriquement qui conduit à douter de la qualification à appliquer, mais le fait que ce véhicule soit également un dispositif médical. Or, les deux arrêts mobilisés n'apportent aucun élément de réflexion sur ce point.

D. Mettre en avant une ou quelques décisions « isolées » pour légitimer la consécration d'une jurisprudence nouvelle

37. La force des décisions « isolées ». Les décisions dites « isolées », c'est-à-dire celles qui ne s'inscrivent pas dans le courant jurisprudentiel dominant, offrent un terrain d'argumentation qui peut s'avérer précieux lorsqu'il s'agit de tenter d'atténuer la force de conviction d'un argument adverse se fondant sur un tel courant. Outre ce premier usage argumentatif que nous avons déjà évoqué¹²¹, une ou plusieurs décisions « isolées » peuvent également être mises à profit pour soutenir qu'une évolution ou un revirement de jurisprudence serait bienvenu, en mettant en exergue le fait que la solution préconisée n'est pas tout à fait nouvelle.

L'intérêt de ce second usage argumentatif réside dans le fait qu'il est toujours délicat de soutenir une solution complètement nouvelle et qu'il semble donc toujours préférable de pouvoir affirmer que la voie de cette solution a déjà été empruntée¹²². Il est intéressant de constater que, pour affirmer une telle chose, même une décision rendue par une juridiction du fond est utilisable. Ainsi, pour expliquer le revirement de jurisprudence qui a conduit la deuxième chambre civile de la Cour de cassation à admettre, dans un arrêt rendu le 14 décembre 2017, la réparation du préjudice moral d'un enfant du fait du décès de son père intervenu avant sa naissance¹²³, certains auteurs ont souligné que le tribunal de grande instance de Niort avait ouvert la voie en septembre 2012¹²⁴. Dans ce jugement, le juge avait en effet admis que des jumeaux conçus au moment de l'accident de leur père pouvaient obtenir réparation de leur préjudice d'affection compte tenu du fait qu'ils allaient grandir aux côtés d'un père physiquement diminué¹²⁵. Après avoir également cité un

¹²¹ Voir *supra* n° 28 et 35.

¹²² Chloé Pros-Phalippon relève, en ce sens, dans son étude consacrée à la référence aux précédents de la juridiction dans les travaux préparatoires aux arrêts de la Cour de cassation et du Conseil d'État, que « Les travaux préparatoires, préconisant un abandon de la jurisprudence constante, s'emploient à modérer la portée de l'évolution envisagée lorsque la solution nouvelle préconisée peut trouver un ancrage, plus ou moins fictif il faut en convenir, dans les arrêts antérieurs », C. PROS-PHALIPPON, « La référence aux précédents de la juridiction », *op. cit.*, p. 57, n° 67.

¹²³ Civ. 2^e, 14 déc. 2017, n° 16-26.687.

¹²⁴ M. BACACHE, « Nouveau préjudice moral pour l'enfant conçu au jour du décès accidentel de son père », *D.*, 2018, p. 386, n° 5 ; D. MAZEAUD, « Une application inédite par la Cour de cassation de l'adage *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus habetur* », *RTD civ.*, 2018, p. 72.

¹²⁵ TGI Niort, 17 sept. 2012, n° 11/01855, note A. PHILIPPOT, « Pas encore né mais déjà indemnisé : la réparation du préjudice d'affection de l'enfant », *RLDC*, 2012/99, 4899 ; J. HAUSER, « Le droit

arrêt de la cour administrative d'appel de Nantes allant dans le même sens et relevé que plusieurs cassations récentes témoignaient de la faveur des juges du fond pour la réparation d'un tel préjudice, le Professeur Mireille Bacache souligne le poids de ces décisions rendues par des juridictions du fond :

« L'arrêt commenté prend acte de ce mouvement et approuve la cour d'appel d'avoir indemnisé le préjudice moral par ricochet de l'enfant né après le décès accidentel de son père en caractérisant l'existence d'un lien de causalité entre le décès et ce préjudice »¹²⁶.

IV. Les arguments fondés sur un droit fondamental

38. Une classe à part. Bien qu'un droit fondamental n'existe qu'en raison de sa consécration dans les textes ou par la jurisprudence, nous avons fait le choix de ranger dans une catégorie spécifique les arguments fondés sur un tel droit, car leur usage argumentatif se distingue clairement de celui qui peut être fait des arguments fondés sur les textes applicables ou sur la jurisprudence. Cet usage peut, en effet, poursuivre quatre finalités. Il est ainsi possible d'invoquer un droit fondamental pour soutenir une certaine interprétation des dispositions applicables, en demandant que le sens et la portée de ces dispositions soient établis à la lumière du droit fondamental invoqué (A). Il est également possible de se fonder sur un droit fondamental consacré par une convention internationale ratifiée par la France, en particulier par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, pour préconiser que soit écarté le texte applicable, en raison de l'atteinte disproportionnée que son application porterait, en l'espèce, au droit fondamental d'une des parties au litige. En d'autres termes, il s'agit de demander à la juridiction saisie de réaliser un contrôle concret de conventionnalité (B).

Bien entendu, il est aussi possible de se prévaloir d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution pour tenter de faire prospérer une Question prioritaire de constitutionnalité et ainsi faire abroger, par le Conseil constitutionnel, le texte applicable au litige ou de demander, à la juridiction saisie, de réaliser un contrôle abstrait de conventionnalité de ce texte. Mais, dans ces deux derniers cas, l'argument revient à soulever une problématique juridique nouvelle qui n'est plus directement en lien avec les faits de l'espèce, mais est relative au respect d'une norme par une norme. Or, une telle problématique appelle une argumentation distincte, dont les spécificités sont trop marquées pour que nous prétendions les analyser dans le cadre de cette étude.

dans les limbes », *RTD civ.*, 2013, p. 345.

¹²⁶ M. BACACHE, « Nouveau préjudice moral pour l'enfant conçu au jour du décès accidentel de son père », *op. cit.*, n° 6.

A. Recourir à un droit fondamental pour soutenir une certaine interprétation des dispositions applicables

39. Exploiter la lumière des droits fondamentaux. Comme nous l'avons vu en évoquant la controverse relative à la qualification juridique à attribuer au fauteuil roulant électrique d'une personne en situation de handicap, la référence à un droit fondamental – qu'il soit consacré par la Constitution, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, toute autre convention internationale ratifiée par la France, ou encore par l'interprétation de l'un de ces textes – peut être utilisée pour soutenir une certaine interprétation des textes applicables au litige¹²⁷. En l'occurrence, ce sont les principes généraux de la Convention internationale des droits des personnes en situation de handicap, destinés à assurer l'égalité de ces personnes avec les autres et leur non-discrimination, qui ont conduit la deuxième chambre civile de la Cour de cassation à retenir une certaine lecture des articles 1^{er}, 3 et 4 de la loi du 5 juillet 1985. Les magistrats de la deuxième chambre civile le reconnaissent dans le visa qui ouvre la réponse de la Cour puisqu'ils y visent ces articles « tels qu'interprétés à la lumière des objectifs assignés aux États par les articles 1, 3 et 4 de la Convention internationale des droits des personnes handicapées du 30 mars 2007 ». Il ne fait donc aucun doute que cet argument peut se révéler d'une efficacité redoutable.

Il convient toutefois de remarquer que si, dans ce cas, la seule référence au texte de la CIDPH a suffi pour forger l'argument qui a contribué à convaincre les magistrats de la Cour de cassation, il est la plupart du temps nécessaire d'appuyer un tel argument à l'aide de données jurisprudentielles. Les droits fondamentaux étant en règle générale consacrés dans des textes à l'imprécision terminologique élevée, leur invocation demande en effet très souvent qu'en soient précisés les contours effectifs, en faisant état des principales décisions en ayant fait application. Ainsi, dans ses conclusions relatives à l'interprétation à donner à l'article 16 de l'ordonnance du 25 mars 2020, qui prévoyait des règles dérogatoires prolongeant de plein droit la durée des détentions provisoires, l'avocat général Frédéric Desportes se fonde sur la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme pour soutenir une des lectures possibles de cet article. Or, pour ce faire, il ne se contente pas d'affirmer qu'il convient d'en éclairer le sens à l'aide des dispositions de l'article 5, § 4 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, qui concernent le contrôle de la détention, mais il se réfère également à une dizaine d'arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme pour exposer les principes fondamentaux qui découlent de ces dispositions¹²⁸.

¹²⁷ Voir *supra* n° 17.

¹²⁸ F. DESPORTES, Conclusions sur crim., 26 mai 2020, n° 20-81.971, p. 20-21.

B. Recourir à un droit fondamental pour demander que soit réalisé un contrôle concret de conventionnalité

40. Se prévaloir d'une atteinte disproportionnée à un droit fondamental. Un autre usage argumentatif possible des droits fondamentaux consiste à se fonder sur un droit fondamental consacré par une convention internationale ratifiée par la France, en particulier par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, pour demander à ce que, pour l'espèce examinée, l'application d'une disposition soit écartée, en affirmant que cette application provoquerait une atteinte disproportionnée au droit fondamental d'une des parties au litige.

Un tel usage argumentatif d'un droit fondamental semble, à première vue, particulièrement intéressant, puisque, comme nous l'avons constaté, en envisageant l'arrêt rendu par la première chambre civile le 4 décembre 2013 en matière d'empêchement à mariage¹²⁹, un tel argument peut permettre de renverser un argument fondé sur une interprétation littérale des textes applicables. Pouvant ainsi permettre de contester l'application d'un texte à une situation de fait, ce type d'arguments – que nous aurions aussi pu classer dans les arguments fondés sur les conséquences, car il envisage ce que provoquerait l'admission d'une des solutions possibles – paraît, à plus forte raison, capable de remettre en cause l'application, à cette situation, d'un principe jurisprudentiel.

41. Un argument à l'utilité limitée. La force de conviction d'un tel argument dépend, bien entendu, du droit fondamental invoqué, de la situation de fait concernée et de la réponse prévue par la disposition applicable. Ainsi, dans l'arrêt du 4 décembre 2013, le prononcé de l'annulation du mariage pouvait sembler particulièrement problématique au regard du droit au respect de la vie privée et familiale du conjoint survivant, ou même de la liberté de se marier et de fonder une famille, car le mariage en cause avait duré depuis plus de vingt ans et avait, en outre, été célébré sans opposition. Mais si la Cour de cassation a, en l'espèce, estimé que le prononcé de l'annulation du mariage revêtait pour l'épouse « le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale »¹³⁰, elle a, en revanche, confirmé, trois ans plus tard, l'annulation d'une union de huit ans de laquelle aucun enfant n'était né, en dépit de l'invocation, par les demandeurs au pourvoi, des articles 8 et 12 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme¹³¹. Le rapprochement entre les particularités des faits de l'espèce, qu'il est capital de mettre en avant pour user d'un tel argument, et le droit fondamental invoqué est donc déterminant pour tenter de caractériser une

¹²⁹ Voir *supra* n° 9.

¹³⁰ Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066.

¹³¹ Civ. 1^{re}, 8 déc. 2016, n° 15-27.201.

« atteinte disproportionnée » à ce droit ou une « ingérence injustifiée » dans son exercice, au regard du but poursuivi par la disposition contestée.

Mais, au-delà même de ces éléments, un autre facteur a encore plus d'importance pour tenter de mesurer le poids potentiel d'un tel argument : la propension des juridictions à admettre, dans le domaine concerné par le litige, la mise à l'écart des textes applicables sur le fondement d'une atteinte disproportionnée à un droit fondamental. Or, pour l'heure, si la Cour de cassation a, dans quelques hypothèses, considéré qu'une telle atteinte était caractérisée, elle ne l'a, en définitive, fait que très exceptionnellement et uniquement dans certains domaines. Certes, elle exige des juridictions de fond qu'elles réalisent ce contrôle concret de conventionnalité lorsqu'une des parties au litige leur demande¹³², mais celui-ci n'a que très rarement abouti à évincer les dispositions applicables.

Ainsi, si un tel usage argumentatif d'un droit fondamental a porté ses fruits dans l'arrêt du 4 décembre 2013, en matière de droit de la famille, aucun autre arrêt rendu par la Cour de cassation n'a depuis admis que soit évincée une disposition applicable¹³³. La Cour de cassation a notamment considéré à plusieurs reprises que les délais pour agir en matière de recherche ou de contestation de filiation ne portaient pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale des personnes concernées, compte tenu du but légitime poursuivi par ces délais¹³⁴. Comme l'écrit le Professeur Hugues Fulchiron, en droit de la famille, « on est donc loi du Grand soir prédit par certains »¹³⁵.

C'est en matière pénale que la Cour de cassation semble le plus souvent avoir admis une telle atteinte disproportionnée à un droit fondamental. Elle a, en effet considéré que l'incrimination d'un comportement constitutif d'une infraction pénale constituait une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression, compte tenu de la nature et du contexte de l'agissement en cause, que ce soit pour un journaliste infiltré au sein d'un parti politique en usant d'une fausse identité¹³⁶, pour une femme ayant exhibé sa poitrine dans une

¹³² Voir, par exemple, civ. 1^{re}, 10 juin 2015, n° 14-20.790; civ. 3^e, 17 déc. 2015, n° 14-22.095; civ. 3^e, 19 déc. 2019, n° 18-25.113; crim., 22 sept. 2021, n° 20-85.434.

¹³³ H. FULCHIRON, « Le contrôle de proportionnalité et les évolutions contemporaines du droit de la famille », in A. GOGOS-GINTRAND et S. MORACCHINI-ZEIDENBERG (dir.), *2010-2020. Une décennie de mutations du droit de la famille*, Paris, Dalloz, 2021, p. 38. Comme cela a justement été remarqué, « En dépit des inquiétudes, le droit européen n'est donc pas devenu, dans ce domaine, comme on le soutient parfois, une machine travaillant inlassablement à rendre flexible la loi », V. VIGNEAU et C. SIFFREIN-BLANC, « Le contrôle de proportionnalité en droit de la famille », in J.-Ph. AGRESTI (dir.), *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, Aix-en-Provence, PUAM, 2018, p. 91.

¹³⁴ Civ. 1^{re}, 6 juill. 2016, n° 15-19.853; civ. 1^{re}, 5 oct. 2016, n° 15-25.507; civ. 1^{re}, 7 nov. 2018, n° 17-25.938.

¹³⁵ H. FULCHIRON, « Le contrôle de proportionnalité et les évolutions contemporaines du droit de la famille », *op. cit.*, p. 39.

¹³⁶ Crim. 26 oct. 2016, n° 15-83.774.

démarche de protestation politique¹³⁷ ou pour un homme ayant scandé un slogan injurieux à l'égard des forces de l'ordre dans le cadre d'une manifestation pacifique sur la voie publique¹³⁸.

Ces quelques exemples ne doivent cependant pas faire illusion : les cas dans lesquels la Cour de cassation a reconnu une atteinte disproportionnée au droit fondamental d'une des parties au litige demeurent très rares, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation ayant même exclu la possibilité de réaliser un tel contrôle *in concreto* pour les règles de procédure civile, à l'exclusion de celles prévoyant un délai de prescription¹³⁹. Et les critiques, réserves et inquiétudes exprimées par de nombreux auteurs n'encouragent ni la Cour de cassation, ni les juridictions du fond à modifier cette tendance¹⁴⁰.

Même les principes jurisprudentiels semblent résister aux arguments fondés sur un droit fondamental. Ainsi, dans le cadre d'une action en recherche de paternité, l'invocation d'une atteinte à la vie privée n'a pu permettre à un homme de se dérober à l'expertise biologique ordonnée par les juges sur le fondement du principe jurisprudentiel, consacré en 2000 et depuis maintes fois réaffirmé, selon lequel une telle expertise est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder¹⁴¹.

La force de conviction d'un tel argument doit donc, en l'état actuel de la jurisprudence, être fortement relativisée. À moins que la situation de fait puisse être considérée comme réellement exceptionnelle, il semble donc préférable de poser une Question prioritaire de constitutionnalité ou de demander que soit réalisé un contrôle abstrait de la disposition applicable pour avoir une chance de voir

¹³⁷ Crim., 26 févr. 2020, n° 19-81.827.

¹³⁸ Crim., 3 nov. 2020, n° 19-87.418.

¹³⁹ Civ. 2^e, 24 sept. 2015, n° 13-28.017 ; civ. 2^e, 22 mars 2018, n° 17-12.049. Sur cette exclusion du contrôle de conventionnalité *in concreto* en matière de procédure civile, voir COUR DE CASSATION, *Rapport du Groupe de travail sur le contrôle de conventionnalité*, 2020, p. 16.

¹⁴⁰ Voir notamment A. BÉNABENT, « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné », *D.*, 2016, p. 137 ; F. CHÉNÉDÉ, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.*, 2016, p. 796 ; P.-Y. GAUTIER, « Éloge du syllogisme », *JCP G*, 2015, n° 36, 902, p. 1494 ; P. PUIG, « L'excès de proportionnalité », *RTD civ.*, 2016, p. 70. La doctrine n'est, toutefois, pas unanime sur cette question. Ainsi, S. Le Gac-Pech considère que « Maîtrisé, le contrôle de proportionnalité ne célèbre pas le gouvernement des juges mais restaure l'intelligence de la règle », S. LE GAC-PECH, « Le nouvel art de juger : quand la proportionnalité s'invite dans la mise en œuvre de la règle de droit », *RLDC*, 2017, n° 153, 1^{er} novembre 2017. Sur cette controverse, voir V. FOURMENT, « La doctrine face au contrôle de proportionnalité *in concreto* comme illustration d'une controverse sur les méthodes du droit », *RRJ : Cahiers de Méthodologie juridique*, 2018, p. 2051.

¹⁴¹ CA Aix-en-Provence, 9 avr. 2021, n° 21/00146 : *JurisData* n° 2021-005229, comm. C. SIFFREIN-BLANC, « La quasi-impossibilité d'échapper à l'expertise biologique ordonnée », *Drfamille*, 2021, n° 9, comm. 127. Le principe en question a été consacré par la première chambre civile, en 2000, et a notamment été réaffirmé par l'Assemblée plénière en 2007, civ. 1^{re}, 28 mars 2000, n° 98-12.806 ; Ass. plén., 23 nov. 2007, n° 05-17.975 et 06-10.039.

cette disposition abrogée ou écartée. Il s'agit alors, comme nous l'indiquions au début de cette partie, de soulever une problématique juridique nouvelle relative au respect d'une norme par une norme.

V. Les arguments fondés sur les adages et les principes d'interprétation

42. La tradition au service de l'argumentation. Nul juriste ne saurait nier que certains adages, qu'ils aient ou non été consacrés comme des principes d'interprétation par les textes, disposent, eux aussi, d'un potentiel argumentatif pouvant se révéler extrêmement utile dans la construction d'un argumentaire. L'un d'entre eux se présente même comme une véritable règle logique régissant l'articulation des textes et, par conséquent, l'interprétation qu'il convient d'en faire : *specialia generalibus derogant*, le droit spécial prime sur le droit commun lorsque les solutions prévues par ces deux éléments s'avèrent contradictoires.

Comme cela a récemment été souligné dans une thèse de doctorat sur *Les maximes d'interprétation*, la force de conviction des adages repose sur l'autorité de la tradition juridique, mais aussi sur « leur concision, leur caractère frappant, percutant »¹⁴². Cette force paraît également provenir du fait que les adages expriment en une brève formule une part de l'esprit du droit et que le respect de certains d'entre eux permet de renforcer la cohérence de ses applications. Ces multiples atouts expliquent que les adages soient régulièrement employés par les avocats généraux à la Cour de cassation ou par les auteurs de doctrine pour fonder un argument. Leur usage argumentatif peut, en effet, permettre de soutenir une certaine lecture des textes applicables (A). Plus exceptionnellement, un adage peut être présenté comme une véritable règle de droit substantiel dont l'application est préconisée pour répondre à la problématique envisagée (B).

A. Faire référence à un adage pour soutenir une certaine lecture des textes applicables

43. Utiliser un adage pour orienter l'interprétation. L'appel à réaliser une certaine interprétation des textes applicables peut, selon les situations, être soutenu par un adage ou un principe d'interprétation du droit. Plusieurs adages ou principes d'interprétation peuvent prétendre à un tel usage argumentatif : *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* (« là où la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu de distinguer »), *Exceptio est strictissimae interpretationis* (les exceptions s'interprètent strictement), *Ratione legis, cessat ejus dispositio* (« la loi cesse là où cessent les motifs »), le principe d'interprétation selon lequel les juges ne doivent pas ajouter à la loi une condition qu'elle ne prévoit pas, ou encore, en matière pénale, le principe d'inter-

¹⁴² A. THOUEMENT, *Les maximes d'interprétation*, Thèse, Université de Montpellier, 2020, n° 10.

prétation consacré à l'article 111-4 du Code pénal : « la loi pénale est d'interprétation stricte », qui aurait pour origine la formule *Poenalia sunt restringenda*¹⁴³.

Preuve de leur force de conviction, ces adages et principes d'interprétation sont parfois directement visés dans les arrêts de la Cour de cassation. Ainsi, dans un arrêt du 30 septembre 2020, la chambre sociale de la Cour de cassation a expressément affirmé, dans sa réponse, qu'« il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas » pour admettre l'application des articles L. 7112-3 et L. 7112-4 du code du travail à tous les journalistes professionnels au service d'une entreprise de presse, quelle que soit cette entreprise de presse¹⁴⁴. Le principe selon lequel les juges ne doivent pas ajouter à la loi une condition qu'elle ne prévoit pas est, quant à lui, régulièrement affirmé par les diverses chambres de la Cour de cassation¹⁴⁵. L'adage *Exceptio est strictissimae interpretationis* fait, pour sa part, l'objet d'applications quelquefois explicites, souvent implicites¹⁴⁶. Mais ces exemples ne doivent pas laisser penser que la Cour de cassation s'estime liée par les arguments fondés sur les adages et les principes d'interprétation. Il semblerait, au contraire, qu'elle se sente assez peu contrainte par leur invocation¹⁴⁷.

Il convient, en outre, de remarquer que ces différents adages et principes d'interprétation viennent tous conforter une lecture littérale, voire restrictive des textes applicables. Ils ne sont donc d'aucune utilité lorsqu'il s'agit d'argumenter contre une interprétation littérale des textes.

B. Présenter un adage comme une règle de droit substantiel

44. Proposer de trancher la question de droit par un adage. Face à certaines problématiques juridiques, un adage peut même être présenté comme une règle de droit substantiel susceptible de donner une réponse à la question soulevée par les faits. Cet usage argumentatif peut notamment s'appuyer sur les adages *Fraus omnia corrumpit* (« la fraude corrompt tout »), *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus habetur* (« l'enfant conçu est réputé né chaque fois qu'il en va de son intérêt ») ou *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (« nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude »).

¹⁴³ *Ibid.*, n° 105.

¹⁴⁴ Soc. 30 sept. 2020, n° 19-12.885, n° 7, arrêt cité par A. THOUEMENT, *Les maximes d'interprétation*, *op. cit.*, n° 524.

¹⁴⁵ Voir, par exemple, soc., 14 févr. 2018, n° 16-20.869 ; civ. 1^{re}, 12 juill. 2017, n° 16-21.985 ; soc., 8 juin 2017, n° 15-29.419 ; soc., 30 sept. 2016, n° 16-60.288 ; soc., 31 mars 2016, n° 14-28.314 ; com., 2 févr. 2016, n° 14-24.441 ; civ. 1^{re}, 1^{er} juill. 2015, n° 14-15.402 ; civ. 2^e, 29 avr. 2014, n° 14-60.489 ; crim., 22 janv. 2014, n° 13-81.013 ; crim., 19 déc. 2012, n° 12-82.270 ; civ. 3^e, 19 sept. 2012, n° 11-30.369.

¹⁴⁶ Pour des exemples d'applications explicites et implicites de cet adage, voir A. THOUEMENT, *Les maximes d'interprétation*, *op. cit.*, n° 523 et 529 et s.

¹⁴⁷ *Ibid.*, n° 1301.

Ainsi, l'adage *Fraus omnia corrumpit* est expressément invoqué par l'avocat général Renaud Salomon au soutien de la solution qu'il préconise pour répondre à la question de savoir si la responsabilité pénale d'une société absorbée doit être transmise à la société absorbante. Selon lui, cet adage permet « de parfaitement appréhender la portée puissante de ce principe général du droit : la fraude fait exception à toutes les règles »¹⁴⁸. S'appuyant sur cet adage et le principe dont il exprime la puissance, il demande à la chambre criminelle de la Cour de cassation d'infléchir sa jurisprudence sur la question pour qu'elle admette, en cas de fraude, la transmission de la responsabilité pénale de la société absorbée à la société absorbante. Nous avons déjà pu voir que cet argument, associé à l'exposé de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne, de celle de la chambre commerciale et de celle du Conseil d'État, lui a permis de convaincre du bien-fondé de son point de vue¹⁴⁹.

Nous avons également pu voir que la fiction exprimée par l'adage *Infans conceptus* a conduit la deuxième chambre civile de la Cour de cassation à reconnaître, en 2017, le préjudice moral d'un enfant dont le père était accidentellement décédé avant sa naissance¹⁵⁰.

Utilisés à bon escient, ces adages peuvent donc jouer un rôle décisif dans une argumentation. Mais leur champ d'action limité ne semble que rarement autorisé un tel usage.

En outre, même lorsque l'emploi d'un adage est pertinent, l'argument qu'il fonde peut être renversé par d'autres. Ainsi, l'adage *Quod nullum est, nullum producit effectum* (« ce qui est nul ne peut produire aucun effet ») n'a pas permis de faire casser l'arrêt d'une cour d'appel admettant la validité en tant que testament international d'un testament authentique annulé en raison du non-respect des dispositions du code civil. Invoqué par la demanderesse au pourvoi, cet argument n'a pas suffi à convaincre les magistrats de la première chambre civile de la Cour de cassation qui ont, eux aussi, admis la validité de l'acte en tant que testament international, car les formalités prescrites par la Convention de Washington du 26 octobre 1973 avaient été remplies¹⁵¹.

¹⁴⁸ R. SALOMON, Avis sur crim., 25 nov. 2020, n° 18-86.955, p. 11.

¹⁴⁹ Crim., 25 nov. 2020, n° 18-86.955. Voir *supra* n° 32.

¹⁵⁰ Civ. 2^e, 14 déc. 2017, n° 16-26.687. Voir *supra* n° 37.

¹⁵¹ Civ. 1^{re}, 12 juin 2014, n° 13-18.383. Sur cet arrêt, N. PETRONI-MAUDIÈRE, « Un testament authentique nul peut valoir en tant que testament international », *LEFP*, juill. 2014, p. 5.

VI. Les arguments fondés sur le point de vue d'un ou plusieurs auteurs de doctrine

45. La doctrine, source d'arguments. Si la référence aux travaux des universitaires peut être utilisée pour présenter l'état du droit sur une question, et notamment celui de la jurisprudence, ce qui nous l'avons vu n'est pas neutre sur le plan de l'argumentation¹⁵², la référence aux points de vue exprimés dans ces travaux présente un intérêt argumentatif bien plus considérable. Les travaux des auteurs de doctrine, auxquels il convient d'ajouter ceux réalisés par les praticiens du droit lorsqu'ils formulent « une proposition de droit faite dans un contexte d'étude du droit »¹⁵³, constituent, en effet, quel que soit le support matériel dans lequel ils se trouvent¹⁵⁴, une source d'arguments inestimable. Argumenter en réponse à une problématique juridique ne saurait donc se concevoir sans tenir compte de cette multitude de points de vue et des raisonnements qui les soutiennent, que ce soit pour y chercher des arguments à avancer pour défendre une solution ou pour prendre connaissance de ceux sur lesquels peut s'appuyer la solution contestée, afin de tenter de les réfuter.

À cette fin, les commentaires de décisions peuvent notamment se révéler très utiles lorsqu'ils concernent une décision ayant déjà envisagé la problématique en examen ou une problématique connexe. Ainsi, dans son avis présenté à la Cour de cassation¹⁵⁵, avant qu'elle ne se prononce, le 8 décembre 2016¹⁵⁶, sur la validité d'un mariage entre alliés, l'avocat général Léonard Bernard de la Gatinais fait état de diverses critiques doctrinales¹⁵⁷ dont a fait l'objet l'arrêt qui a, en 2013, validé

¹⁵² Voir *supra* n° 34-35.

¹⁵³ Nous avons, en effet, choisi d'adopter cette définition large de la doctrine proposée par Pascale Deumier, plutôt que de ne désigner, par ce terme, que les auteurs ou les travaux universitaires, P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, Paris, LGDJ 5^e éd., 2019, p. 343, n° 382.

¹⁵⁴ Ingrid Maria souligne, à ce propos, que, dans les travaux préparatoires des arrêts rendus par la Cour de cassation et le Conseil d'État, « Les travaux doctrinaux sont mobilisés sous toutes leurs formes : traité, articles de revues quelles qu'elles soient ; commentaires sous un article de Code ; thèses publiées ou non, manuels, encyclopédies, contributions à des Mélanges, mémentos, dictionnaires, billets d'humeur, monographies diverses, actes publiés de congrès internationaux, mais également contributions sur support numérique. Il est même fait mention de recherches collectives », I. MARIA, « La doctrine universitaire », in P. DEUMIER (dir.), *Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, *op. cit.*, p. 85-86, n° 104.

¹⁵⁵ L. BERNARD DE LA GATINAIS, avis sur civ. 1^{re}, 8 déc. 2016, n° 15-27.201, *op. cit.*

¹⁵⁶ Civ. 1^{re}, 8 déc. 2016, n° 15-27.201.

¹⁵⁷ F. CHÉNÉDÉ, « Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme (à propos de la validation judiciaire d'un mariage illégal) », *op. cit.* ; *id.*, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *op. cit.* ; F. Zenati-Castaing, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *RTD civ.*, 2016, p. 511. L'avocat général fait également référence aux critiques formulées contre l'arrêt de cour d'appel attaqué par le pourvoi (CA Aix-en-Provence, 2 déc. 2014, n° 13/17939) : J.-R. BINET, « Aus-

un tel mariage en dépit de la prohibition prévue par le Code civil¹⁵⁸. Ces critiques, dont il extrait une percutante citation¹⁵⁹, viennent ainsi soutenir son argumentation favorable à la remise en cause de la solution consacrée en 2013. Il prend, toutefois, le temps de faire référence, mais sans en citer d'extrait, à des « appréciations plus nuancées » exposées par un auteur¹⁶⁰, et même à un point de vue en faveur de la solution retenue en 2013¹⁶¹, ce qui permet à sa démonstration de paraître plus objective.

Comme le montre cet exemple, dans le cadre d'une argumentation, la doctrine peut donc être employée de deux manières radicalement opposées : soit pour soutenir une affirmation ou l'ensemble du point de vue défendu (A), soit pour présenter un point de vue afin d'en contester la pertinence (B).

A. Faire référence à la doctrine pour soutenir le point de vue défendu

46. Le renfort de la doctrine. La référence à la position soutenue par certains auteurs de doctrine peut surtout être utilisée pour appuyer une affirmation. Dans cette hypothèse, il est même possible de tenter de jouer sur le ressort de l'autorité, soit en soulignant l'expertise particulièrement notable de l'auteur ou des auteurs cités, soit en mettant à profit l'autorité du nombre en indiquant que la plupart des auteurs ayant écrit sur la question partagent le point de vue défendu. L'avocat général Renaud Salomon appuie, par exemple, sur ces deux leviers lorsqu'il invite la chambre criminelle de la Cour de cassation à admettre la transmission à la société absorbante de la responsabilité pénale de la société absorbée lorsqu'une fraude a été commise. Il écrit, en effet : « Cette solution, que je propose aujourd'hui à la chambre criminelle, répondrait tout d'abord aux attentes fortes d'une doctrine importante et autorisée »¹⁶².

Mais au-delà de l'autorité, c'est surtout la pertinence des arguments avancés par certains auteurs qui peut être mise à profit au soutien du point de vue défendu. Ainsi, pour affirmer qu'un légataire universel doit être considéré

terlitz ou Bérézina pour la nullité de l'article 161 du Code civil ? », *Dr famille*, 2015, n° 3, comm. 44 ; J. HAUSER, « La relativité de l'inceste ? », *RTD civ.*, 2015, p. 361.

¹⁵⁸ Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066.

¹⁵⁹ « Loin d'atténuer son audace, l'éviction des articles 161 et 164 du Code civil au « seul cas examiné » ne fait donc que renforcer la malaise, car en abandonnant le principe de légalité (en présence d'une loi claire et récente) pour statuer – tel Saint Louis sous son chêne ou la Cour européenne à Strasbourg – en opportunité, au cas par cas, la première chambre civile ajoute l'insécurité juridique à l'usurpation de pouvoir », F. CHÉNÉDÉ, « Des dangers de l'équité au nom des droits de l'homme (à propos de la validation judiciaire d'un mariage illégal) », *op. cit.*

¹⁶⁰ J.-R. BINET, « Maman a épousé papy avec la bénédiction de la Cour de cassation », *Dr famille*, 2014, n° 1, comm. 1.

¹⁶¹ J.-P. MARGUÉNAUD, « Le sauvetage magistral de la prohibition du mariage entre alliés en ligne directe », *RTD civ.*, 2014, p. 307.

¹⁶² R. SALOMON, avis sur crim., 25 nov. 2020, n° 18-86.955, p. 13.

comme un héritier, au sens de l'article 957 du Code civil, l'avocat général référendaire Céline Marilly s'appuie notamment, dans son avis sur un arrêt rendu par la première chambre civile le 27 janvier 2021, sur l'intelligence des réflexions qu'un auteur a développées, à l'occasion du commentaire d'un arrêt rendu en 1996, sur une question étroitement liée à celle examinée. Elle affirme en effet :

« Le professeur Beignier va beaucoup plus loin en considérant que “lorsque le légataire universel est en concurrence avec des héritiers réservataires, ceux-ci ne font que succéder aux biens tandis que celui-là est le seul continuateur de la personne.”

“C'est lui, et lui seul, qui assure, au vœu du défunt, la continuation de la personne et non les réservataires, en quelque sorte exhéredés.”¹⁶³.

Le rappel de cette réflexion émise vingt-quatre ans plus tôt, associé principalement à des arguments fondés sur la jurisprudence, conduit l'avocat général référendaire à conclure en faveur de la reconnaissance au légataire universel de la qualité d'héritier au sens de l'article 957 du Code civil. La première chambre civile a adhéré à cette conclusion¹⁶⁴.

B. Faire référence à la doctrine pour présenter le point de vue contesté

47. La formulation du contre-discours. Les écrits de certains auteurs peuvent également permettre d'exposer les arguments venant au soutien du point de vue contesté. Il s'agit alors d'exposer une formulation du contre-discours, non seulement pour donner l'impression à l'auditoire que le raisonnement a été mené avec le souci de prendre en compte tous les arguments, mais surtout afin de tenter de réfuter la pertinence des arguments de la thèse adverse. Ainsi, dans son avis relatif à l'arrêt rendu par la chambre mixte de la Cour de cassation le 29 octobre 2021, sur la question de savoir si les manœuvres dolosives du mandataire doivent engager la responsabilité du mandant à l'égard de son cocontractant, le premier avocat général Christine Guéguen présente les positions assez proches de deux auteurs qui contestent la possibilité de retenir la responsabilité du représenté en cas de dol du représentant lorsque le cocontractant de ce dernier ne sollicite pas

¹⁶³ C. MARILLY, avis sur civ. 1^{re}, 27 janv. 2021, n° 19-18.278, p. 6. La citation reprise est extraite de B. BEIGNIER, « Le légataire universel est titulaire, même en présence d'héritiers réservataires, du droit moral de l'auteur », note sous civ. 1^{re}, 17 déc. 1996, n° 94-18.985, *JCP G*, 1997, II, 22888. L'argument formulé par Bernard Beignier est, selon notre classification, un argument fondé sur la nature du légataire universel et sur l'affirmation d'un attribut devant être rattaché à cette nature. Le légataire universel a pour nature d'avoir été désigné par le défunt pour recevoir l'intégralité de ses biens, à l'exclusion de ce que la loi pourrait réserver à d'autres personnes. En raison de cette nature, à laquelle Bernard Beignier ne fait qu'implicitement référence, un attribut doit lui être reconnu : il est « le seul continuateur de la personne ».

¹⁶⁴ Civ. 1^{re}, 27 janv. 2021, n° 19-18.278, n° 6.

la nullité du contrat. Cela lui permet d'indiquer, dans un premier temps, que ces points de vue « interrogent »¹⁶⁵, puis de déployer, quelques pages après, le cœur de son argumentaire. Selon elle, la position de ces auteurs conduirait à une différence de traitement entre la victime du dol du mandataire qui demanderait l'annulation du contrat conclu et celle qui ne la demanderait pas. Or, elle affirme qu'« une telle différence de traitement n'est absolument pas justifiable, ni juridiquement ni dans les relations économiques des différents acteurs en présence »¹⁶⁶. Elle rappelle d'ailleurs le point de vue d'autres auteurs au soutien de son affirmation.

VII. Les arguments fondés sur les conséquences ou l'opportunité d'une des solutions pouvant être retenue

48. Ne pas appuyer sur un bouton avant de savoir ce qu'il déclenche.

Bien que les juges soient censés prononcer les conséquences juridiques de la situation de fait qui leur est soumise et non les prendre en compte, il est plutôt rassurant de savoir qu'ils peuvent les prendre en compte avant de les prononcer. Compte tenu de cette prise en compte possible, il peut être utile d'argumenter sur les conséquences ou l'opportunité des solutions pouvant être retenues, en espérant être entendu. Il s'agit d'utiliser ce que Chaïm Perelman appelle un « argument pragmatique », c'est-à-dire un argument qui « fait dépendre des conséquences l'opinion que l'on aura de ce qui les détermine »¹⁶⁷.

Mais tous les arguments fondés sur les conséquences ou l'opportunité d'une solution ne se valent pas. Tout dépend, bien entendu, des conséquences mises en évidence: tout d'abord, de leur vraisemblance; ensuite, si la vraisemblance des conséquences évoquées n'est pas discutable, de la probabilité qu'elles surviennent; et, enfin, de leur importance ou de leur gravité. Il est ainsi possible de mettre en avant un risque ou un dommage avéré qui surviendrait si la thèse adverse venait à être accueillie ou, à l'inverse, un bienfait, espéré ou certain, qui découlerait de l'admission de la thèse défendue. Pour tenter de nuancer, voire de réfuter le contre-discours, il est également possible de relativiser, voire de nier les conséquences qu'il prévoit, qu'il s'agisse des bénéfiques qui résulteraient de l'admission du point de vue qu'il soutient ou des méfaits que provoquerait l'admission d'un point de vue différent. L'exercice réclame de la justesse et de la mesure, car toute exagération ou relativisation excessive est susceptible de rejallir sur la crédibilité de l'argument avancé et donc sur l'adhésion de l'auditoire à la conclusion soutenue.

¹⁶⁵ Ch. GUÉGUEN, Avis sur Ch. mixte, 29 oct. 2021, n° 19-18.470, p. 12.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 21.

¹⁶⁷ Ch. PERELMAN, « L'argument pragmatique », *Logique et analyse*, 1958, vol. 1, p. 18. Chaïm Perelman définit cet argument au tout début de son étude: « J'appelle argument pragmatique un argument des conséquences qui apprécie un acte, une règle ou toute autre chose, en fonction de ses conséquences favorables ou défavorables », *ibid.*, p. 14.

Six grands types de conséquences découlant de l'admission d'une des solutions pouvant être retenue peuvent être mises en exergue pour essayer de convaincre de l'opportunité ou du caractère inopportun de l'admission de cette solution : les conséquences relatives à la cohérence du droit et à la sécurité juridique (A), les conséquences relatives à des considérations de politique judiciaire (B), les conséquences relatives à l'injustice, l'absurdité ou les effets juridiques pervers de la solution contestée (C), les conséquences juridiques positives de la solution défendue (D), les conséquences pour certaines des personnes directement concernées par la décision (E) et, enfin, les conséquences sociales, sociétales ou économiques (F).

A. Se fonder sur les conséquences relatives à la cohérence du droit et à la sécurité juridique

49. La cohérence des conséquences. La première catégorie de conséquences pouvant être mises en avant dans une argumentation relative à une problématique juridique concerne la cohérence du droit et la sécurité juridique. Il peut s'agir de mettre en garde contre les incohérences, textuelles ou jurisprudentielles, qui résulteraient de l'admission de la thèse combattue, mais aussi de souligner l'imprévisibilité qu'elles généreraient. Il peut, au contraire, s'agir de vanter les bienfaits de la solution défendue au regard de ces impératifs.

S'appuyer sur les conséquences relatives à la cohérence du droit se fait généralement en comparant la solution défendue ou la solution contestée avec la jurisprudence existante sur le sujet ou sur des sujets voisins. Dans ce cas, l'argument fondé sur les conséquences est couplé avec un argument fondé sur la jurisprudence, soit pour dénoncer les divergences de jurisprudence que ferait naître ou perdurer l'admission de la thèse combattue, soit pour mettre en exergue le gain de clarté jurisprudentielle qu'entraînerait l'admission de la thèse défendue. C'est ce que fait, par exemple, l'avocat général Renaud Salomon lorsqu'il invite la chambre criminelle de la Cour de cassation à aligner sa jurisprudence sur celle d'autres juridictions sur la question de la transmission à la société absorbante de la responsabilité pénale de la société absorbée, bien que cette jurisprudence utilisée comme référence ne concerne que des infractions administratives¹⁶⁸.

Les arguments fondés sur le besoin de cohérence du droit peuvent également concerner les textes. Nous en avons vu un exemple emblématique lors de l'étude des arguments avancés dans la controverse concernant la qualification à attribuer au fauteuil roulant électrique utilisé par une personne en situation de handicap¹⁶⁹. En effet, plusieurs auteurs ont soutenu à cette occasion qu'il convenait de se référer à des définitions issues du code des assurances et du code

¹⁶⁸ R. SALOMON, avis sur crim., 25 nov. 2020, n° 18-86.955.

¹⁶⁹ Voir *supra* n° 16-17.

de la route, en soulignant les conséquences positives, au regard de la cohérence des textes, de l'élargissement du champ d'action des définitions visées. L'un d'entre eux a ainsi écrit, pour préconiser l'application de la définition donnée par l'article L. 211-1 du code des assurances : « on a tout à gagner à l'absence de distorsion entre le domaine de l'obligation d'indemnisation et celui de l'assurance obligatoire »¹⁷⁰.

Enfin, comme nous l'avons vu lors de l'étude des arguments génériques pouvant être avancés pour soutenir une interprétation littérale des textes applicables, lorsque celle-ci donne clairement la réponse à la problématique envisagée, il est toujours possible de se fonder sur les conséquences négatives d'une interprétation *contra-legem* pour en contester la pertinence¹⁷¹. Il s'agit alors d'insister sur le fait qu'une telle interprétation vient non seulement introduire une incohérence majeure entre les textes et la jurisprudence, mais qu'elle fait, en outre, voler en éclats les limites fixées par le texte concerné alors que ces limites permettaient d'assurer la sécurité juridique. C'est ce que fait, par exemple, le premier avocat général Léonard Bernard de la Gatinais lorsqu'il souligne, dans son avis sur l'arrêt rendu en matière d'empêchement à mariage par la première chambre civile de la Cour de cassation le 8 décembre 2016, que si les magistrats de la première chambre civile décident de confirmer dans cet arrêt la solution qu'ils ont retenue dans l'arrêt du 4 décembre 2013, ils devront en considérer les conséquences, à commencer par le fait que « malgré la clarté de la loi, quant à la prohibition qu'elle édicte, elle contribuera à l'insécurité juridique »¹⁷². Cela n'a pas empêché cette confirmation jurisprudentielle, même si, en l'espèce, l'annulation du mariage prononcée par la cour d'appel a été entérinée compte tenu des circonstances de fait.

B. Se fonder sur les conséquences relatives à des considérations de politique judiciaire

50. Bonne administration de la justice et rôle des juges. Des considérations de politique judiciaire peuvent aussi être mises à profit dans une argumentation, en mettant en exergue l'intérêt ou les conséquences fâcheuses de l'admission d'une solution au regard du bon fonctionnement et de l'efficacité de la justice, et notamment de la gestion du flux contentieux, mais aussi au regard du rôle endossé par le juge judiciaire et de la perception de son action par la société. En toute logique, ce type d'arguments se retrouvera plus fréquemment dans un

¹⁷⁰ M. EHRENFELD, « Un fauteuil roulant électrique n'est pas un véhicule terrestre à moteur ou les mots ont-ils encore un sens ? », *op. cit.*, p. 57.

¹⁷¹ Voir *supra* n° 12.

¹⁷² L. BERNARD DE LA GATINAIS, avis sur civ. 1^{re}, 8 déc. 2016, n° 15-27.201, *op. cit.*

avis ou un rapport présenté à la Cour de cassation, ou même dans un écrit doctrinal, que dans l'argumentation développée par un justiciable. Mais, après tout, ce dernier peut, lui aussi s'inquiéter de la bonne administration de la justice, surtout si cela coïncide avec ses intérêts.

Il est ainsi possible de mettre en avant les conséquences néfastes de l'admission d'une solution eu égard à l'augmentation du contentieux qu'elle générerait, ou risquerait de générer, ou, au contraire, de relever les bienfaits sur ce plan de l'admission de la solution défendue. Dans sa contribution consacrée aux « arguments d'opportunité » utilisés par les avocats généraux et les conseillers rapporteurs à la Cour de cassation et par les rapporteurs publics au Conseil d'État, Éliette Rubi-Cavagna constate, à ce propos, que la gestion du flux contentieux constitue, pour eux, « une préoccupation importante »¹⁷³. Elle indique notamment qu'ils présentent « sous un jour favorable »¹⁷⁴ les solutions susceptibles de limiter le contentieux et cite, entre autres, à titre d'exemple, l'avis du premier avocat général André Gariazzo, sur un arrêt rendu par la chambre mixte le 11 décembre 2009, dans lequel celui-ci souligne qu'« une définition claire et, à notre sens, la plus restrictive possible, des omissions et erreurs matérielles aurait l'avantage de tarir la source d'un contentieux »¹⁷⁵. De manière plus générale, elle remarque que certains des arguments développés par les avocats généraux, les conseillers rapporteurs et les rapporteurs publics sont axés

« sur la volonté d'assurer le traitement des affaires avec diligence, voire avec rapidité, en évitant les procédures dilatoires et les situations de blocage, tout en ne négligeant pas la question du coût avec le souhait de ne pas accroître le coût de la procédure »¹⁷⁶.

Ces différentes préoccupations constituent donc autant d'éléments pouvant servir de fondement à un argument.

L'argument fondé sur un risque d'afflux de recours peut se révéler décisif lorsqu'un tel afflux de recours pourrait entraîner des conséquences difficilement gérables. C'est ce que nous montre l'avis écrit, présenté par l'avocate générale Sandrine Zientara-Logeay, sur la question de savoir si des conditions de détention indignes peuvent constituer un obstacle au placement ou au maintien en détention provisoire d'une personne¹⁷⁷. En effet, dans celui-ci, l'avocate générale

¹⁷³ RUBI-CAVAGNA, « Les arguments d'opportunité », in P. DEUMIER (dir.), *Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, *op. cit.*, p. 226.

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ A. GARIAZZO, Avis sur Ch. mixte, 11 déc. 2009, n° 08-13.643.

¹⁷⁶ RUBI-CAVAGNA, « Les arguments d'opportunité », *op. cit.*, p. 228.

¹⁷⁷ S. ZIENTARA-LOGEAY, Conclusions sur crim., 8 juillet 2020, n° 20-81.739.

propose à la chambre criminelle de maintenir le principe qu'elle a consacré dans un arrêt du 18 septembre 2019, principe selon lequel

« une éventuelle atteinte à la dignité de la personne en raison des conditions de détention, si elle est susceptible d'engager la responsabilité de la puissance publique en raison du mauvais fonctionnement du service public, ne saurait constituer un obstacle légal au placement et maintien en détention »¹⁷⁸.

Or, l'argument principal de l'avocate générale est justement lié à l'explosion prévisible du nombre de recours que provoquerait un changement de jurisprudence et aux problèmes majeurs que ces recours engendreraient compte tenu de la surpopulation carcérale que connaît la France¹⁷⁹. Elle précise cette idée dans son avis oral dans lequel elle écrit que

« la remise en liberté, dans tous les cas, y compris pour un prévenu de faits criminels graves et d'une dangerosité avérée, ne paraît pas raisonnable et serait même contraire à la Constitution dans la mesure où, en l'état de la jurisprudence du Conseil, le principe de sauvegarde de la dignité humaine doit être concilié avec la prévention des atteintes à l'ordre public »¹⁸⁰.

La prise en compte de ces diverses conséquences en chaîne l'amène à préconiser le maintien de ce principe jurisprudentiel dont la France ne peut nullement s'enorgueillir, tout en affirmant que la transmission de la Question prioritaire de constitutionnalité, posée par les différents demandeurs au pourvoi, est « indispensable »¹⁸¹.

D'autres considérations de politique judiciaire peuvent permettre de fonder un argument. Elles sont relatives au rôle du juge judiciaire et à la perception de son action par l'opinion publique.

Ainsi, dans l'avis écrit que nous venons d'évoquer, l'avocate générale concède qu'un revirement de jurisprudence de la chambre criminelle « replacerait certainement le juge judiciaire au cœur du dispositif de garanties des libertés individuelles et lui permettrait de remplir davantage son obligation de veiller à ce que la privation de liberté soit mise en œuvre dans le respect de la dignité de la personne »¹⁸². Mais si elle admet la pertinence de cet argument venant au soutien de la thèse adverse, nous avons vu qu'elle y oppose d'autres arguments.

¹⁷⁸ Crim., 18 sept. 2019, n° 19-83.950.

¹⁷⁹ S. ZIENTARA-LOGEAY, Conclusions sur crim., 8 juillet 2020, n° 20-81.739, p. 11-12.

¹⁸⁰ S. ZIENTARA-LOGEAY, Avis oral sur crim., 8 juill. 2020, n° 20-81.727, n° 20-81.731 et n° 20-81.739, p. 5.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 7.

¹⁸² S. ZIENTARA-LOGEAY, Conclusions sur crim., 8 juillet 2020, n° 20-81.739, p. 11.

Dans son avis sur l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière le 2 avril 2021, le procureur général François Molins fait, lui référence à un argument relatif à la perception par la société de l'action du juge. Il s'agit en l'occurrence d'un argument que le premier avocat général Raymond Lindon a avancé, en 1971, pour soutenir qu'il ne fallait pas permettre à une juridiction de donner successivement tort et raison à une même partie, dans la même affaire, quand bien même un revirement de jurisprudence était intervenu entre temps. Raymond Lindon craignait, en effet, dans son avis adressé à la Cour de cassation, « qu'à une époque où la justice est constamment mise en accusation, la Cour de cassation ne s'expose à être de la part de l'opinion l'objet d'un reproche de grave inconséquence »¹⁸³.

C. *Se fonder sur l'injustice, l'absurdité ou les effets juridiques pervers de la solution contestée*

51. Souligner les conséquences néfastes d'une solution. Si les conséquences relatives à la cohérence du droit et à la sécurité juridique ou celles relatives à des considérations de politique judiciaire peuvent fonder des arguments puissants, c'est également le cas des conséquences relatives à l'injustice, à l'iniquité, à l'absurdité ou aux effets juridiques pervers de la solution contestée.

52. Injustice et inégalité de traitement injustifiée. Souligner l'injustice ou l'iniquité que provoquerait la solution contestée peut s'avérer très utile, notamment lorsque ni les textes applicables, ni la jurisprudence ne donnent une réponse claire à la problématique juridique examinée. C'est ce que montre, par exemple, l'avis rédigé par le premier avocat général André Gariazzo sur un arrêt rendu par la chambre mixte de la Cour de cassation le 11 décembre 2009. Pour répondre à la question de savoir si le défaut de mention, sur la minute d'une décision, du nom du ou des juges ayant participé au délibéré doit entraîner l'annulation de cette décision, il y souligne, en effet, l'apparente contradiction des textes applicables – en l'occurrence, les articles 454, 458 et 459 du code de procédure civile – et les divergences de jurisprudence auxquelles leur application a donné lieu, avant de mettre en évidence l'injustice qui résulterait d'une annulation de la décision concernée :

« Il faut bien reconnaître que la solution consistant à prononcer la nullité d'une telle décision, alors que la démonstration est faite que les prescriptions légales ont été respectées, revient à sanctionner, *de facto*, non pas le juge, mais les parties »¹⁸⁴.

¹⁸³ R. LINDON, Avis sur Ch. mixte, 30 avril 1971, n° 61-11.829, *JCP*, 1971, II, N, 16800, cité par F. MOLINS, Avis sur Ass. plén., 2 avr. 2021, n° 19-18.814, p. 15.

¹⁸⁴ A. GARIAZZO, Avis sur Ch. mixte, 11 déc. 2009, n° 08-13.643. Cet avis est évoqué à plusieurs reprises par É. RUBI-CAVAGNA, « Les arguments d'opportunité », *op. cit.*, p. 217. Guillaume Leroy l'analyse également en détail lorsqu'il traite du « diagnostic argumentatif de l'antinomie insoluble »,

Cet argument fondé sur l'injustice d'une telle solution a visiblement contribué à convaincre les magistrats de la chambre mixte¹⁸⁵.

L'iniquité invoquée dans un argument fondé sur les conséquences d'une des solutions pouvant être retenue peut également résulter du non-respect de la règle de justice, c'est-à-dire du traitement inégal de situations comparables. Il s'agit, dans ce cas, une fois de plus, de s'appuyer sur le ressort de la cohérence, en dénonçant l'incohérence de la solution contestée. Toutefois, dans cette hypothèse, ce n'est plus l'affirmation de l'incohérence de cette solution au regard de celles précédemment adoptées qui est mise à profit dans l'argumentation, mais l'affirmation de l'incohérence interne de cette solution en raison du fait qu'elle introduit ou fait perdurer une inégalité de traitement injustifiée. Nous avons vu qu'un tel argument est, par exemple, employé par le premier avocat général Christine Guégen dans son avis sur la question de savoir si les manœuvres dolosives du mandataire doivent engager la responsabilité du mandant à l'égard de son cocontractant. En effet, pour soutenir que le dol du mandataire doit être assimilé au dol du mandant, elle affirme que juger autrement reviendrait à traiter différemment, sans qu'une telle différence de traitement ne soit justifiée, le mandant dont le cocontractant demanderait et obtiendrait la nullité du contrat principal et celui dont le cocontractant ne demanderait pas cette nullité¹⁸⁶. L'argument n'a pas convaincu les magistrats de la chambre mixte ayant eu à trancher la question. Ils ont, en effet, considéré, dans l'arrêt rendu le 29 octobre 2021, que

« Si le mandant est, en vertu de l'article 1998 du code civil, contractuellement responsable des dommages subis du fait de l'inexécution des engagements contractés par son mandataire dans les limites du mandat conféré, les manœuvres dolosives du mandataire, dans l'exercice de son mandat, n'engagent la responsabilité du mandant que s'il a personnellement commis une faute, qu'il incombe à la victime d'établir »¹⁸⁷.

53. Absurdité. Si parvenir à convaincre de l'iniquité d'une solution peut se révéler insuffisant pour conduire à son rejet par les magistrats ayant à trancher la question de droit, parvenir à convaincre de son absurdité permet normalement de la discréditer totalement. Mais si affirmer l'absurdité des conséquences juridiques d'une solution est une chose, parvenir à convaincre de cette absurdité en est une autre.

G. LEROY, *La pratique du précédent en droit français. Étude à partir des avis de l'avocat général à la Cour de cassation et des conclusions du rapporteur public au Conseil d'État*, *op. cit.*, n° 268.

¹⁸⁵ Ch. mixte, 11 déc. 2009, n° 08-13.643.

¹⁸⁶ Ch. GUÉGUEN, *Avis sur Ch. mixte*, 29 oct. 2021, n° 19-18.470, Voir *supra* n° 35 et 47.

¹⁸⁷ Ch. mixte, 29 oct. 2021, n° 19-18.470, n° 7.

Sur le plan argumentatif, mettre en exergue l'absurdité d'une solution peut permettre de renverser n'importe quel argument, y compris celui fondé sur la clarté littérale du ou des textes applicables au regard de l'espèce examinée. L'argument en appelle essentiellement à la raison et, éventuellement, au bon sens. C'est ce qui fait sa force.

L'argument fondé sur l'absurdité de la solution contestée a, ainsi, sans surprise, renversé l'interprétation littérale dont se prévalait un avocat pour demander l'annulation de l'élection de la bâtonnière de son barreau en raison du fait qu'elle n'avait pas présenté sa candidature en binôme. Ce dernier se fondait sur la nouvelle formulation de dispositions prévoyant désormais que les élections pour les ordres d'avocats donnent lieu à un vote au scrutin binominal majoritaire à deux tours dans lequel les candidats doivent se présenter par binôme composé de personnes de sexe différent et précisant que le conseil de l'Ordre est présidé par un bâtonnier « élu pour deux ans dans les mêmes conditions »¹⁸⁸. Un seul bâtonnier devant être élu, l'interprétation littérale de ces textes semblait pour le moins absurde et fut logiquement écartée par la cour d'appel, puis la première chambre civile de la Cour de cassation¹⁸⁹. Dans une telle hypothèse, l'appel à la raison peut passer par la référence explicite à la notion de bon sens. « Un peu de bon sens » a ainsi écrit un auteur, en affirmant que « la logique imposait » de refuser l'interprétation finalement rejetée par les juges car celle-ci « ne pouvait s'enorgueillir que d'un seul argument grammatical »¹⁹⁰.

Capable de renverser l'interprétation littérale d'un texte, un argument fondé sur l'absurdité de la solution contestée peut aussi, bien entendu, permettre d'argumenter contre une jurisprudence établie. Nous avons déjà eu l'occasion d'indiquer que c'est ce que fait, par exemple, le procureur général François Molins, dans son avis sur l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 2 avril 2021¹⁹¹. Il souligne, en effet, dans cet avis, l'absurdité qu'il y aurait à empêcher un justiciable de se prévaloir d'un revirement de jurisprudence intervenu après l'arrêt de renvoi, suite à une première cassation, en considérant

¹⁸⁸ Article 15, alinéas 2 à 4, de l'article 15 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 dans leur nouvelle rédaction issue de l'article 8 de l'ordonnance n° 2015-949 du 31 juillet 2015 relative à l'égal accès des hommes et des femmes au sein des ordres professionnels.

¹⁸⁹ CA Aix-en-Provence, 1^{re} ch. A, 25 févr 2016, n° 15/20722; civ. 1^{re}, 11 mai 2017, n° 16-15.549 et n° 16-60.115. La substitution de motifs opérée par la première chambre civile a, toutefois, donné lieu à des critiques : P. SARGOS, « L'interprétation du droit au risque de l'absurde », *JCP G*, 2017, n° 37, 922, p. 1570. D'autres auteurs en ont nuancé l'importance : F. ROUVIÈRE, « L'obscur clarté de la volonté du législateur », *RTD civ.*, 2017, p. 944; P. DEUMIER, « Interpréter la loi absurde », *RTD civ.*, 2018, p. 61.

¹⁹⁰ B. PITCHO, « L'élection de la bâtonnière n'avait pas à être paritaire », *D. avocats*, 2017, p. 287. Dans le même sens, Pascale Deumier salue l'interprétation « pétrie de bon sens » réalisée par les juges, P. DEUMIER, « Interpréter la loi absurde », *op. cit.*, p. 62.

¹⁹¹ Voir *supra* n° 19.

que cela « revient à appliquer une décision obsolète, à valider une décision devenue contraire au droit positif en son dernier état »¹⁹².

54. Effets pervers. De manière plus générale, sans entraîner de conséquences inévitables ou absurdes, une solution peut provoquer des effets collatéraux indésirables qu'il est toujours utile de mettre en évidence lorsqu'on souhaite contester le bien fondé d'une telle solution. Ainsi, dans sa critique de l'arrêt ayant refusé la qualification de véhicule terrestre à moteur au fauteuil roulant électrique d'une personne en situation de handicap¹⁹³, Michel Ehrenfeld expose une conséquence néfaste de la solution retenue par les magistrats de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation. Il souligne, en effet, qu'en raison du rejet de la qualification de véhicule terrestre à moteur, si une personne en situation de handicap circulant sur un fauteuil roulant électrique vient à causer des dommages corporels à un piéton ou à un cycliste, ce dernier ne pourra pas se prévaloir du régime juridique favorable de la loi du 5 juillet 1985¹⁹⁴.

D. Se fonder sur les conséquences juridiques positives de la solution défendue

55. De l'autre côté du miroir. Est-il nécessaire d'indiquer que les conséquences juridiques négatives d'une solution peuvent également être perçues comme des conséquences positives pouvant être portées au crédit de la solution opposée? Partant, il appartient à celui qui argumente de choisir d'exploiter un tel argument d'opportunité soit en le classant dans les avantages de la solution qu'il défend, soit en le présentant comme un défaut de la solution qu'il conteste. Les juristes ont tendance à cumuler les deux approches, en soulignant d'abord les conséquences juridiques négatives de la solution opposée avant de rappeler, plus loin dans leur argumentaire, que la solution soutenue permet de les éviter. Une telle présentation permet, en effet, d'insister sur les conséquences envisagées.

Le procureur général François Molins utilise cette présentation en deux temps dans son avis sur l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière le 2 avril 2021, à propos de la question de savoir si le moyen reprochant à la cour d'appel de renvoi d'avoir statué conformément à l'arrêt de cassation qui l'a saisie est recevable lorsqu'un revirement de jurisprudence, intervenu après l'arrêt de renvoi, peut bénéficier au demandeur au pourvoi. En effet, dans cet avis, il met d'abord en exergue, dans ses développements, les conséquences juridiques négatives de la solution préconisant l'irrecevabilité d'un tel moyen, en soulignant qu'elle reviendrait

¹⁹² F. MOLINS, Avis sur Ass. plén., 2 avr. 2021, n° 19-18.814, p. 23.

¹⁹³ Civ. 2^e, 6 mai 2021, n° 20-14.551.

¹⁹⁴ M. EHRENFELD, « Un fauteuil roulant électrique n'est pas un véhicule terrestre à moteur ou les mots ont-ils encore un sens? », *op. cit.*, p. 58.

à « valider une décision devenue contraire au droit positif en son dernier état »¹⁹⁵. Puis, il rappelle les vertus de la solution qu'il défend en s'appuyant sur la critique formulée par le Professeur Rémy Libchaber à l'encontre de l'arrêt de l'Assemblée plénière qui, en 2015¹⁹⁶, n'avait pas retenu cette solution alors que, selon les mots de Rémy Libchaber, « Ce raffinement aurait permis à la Cour de prendre acte des évolutions normatives pour les incorporer aussitôt »¹⁹⁷.

E. Se fonder sur les conséquences pour certaines des personnes directement concernées par la décision

56. Souligner les conséquences directes. Si les conséquences juridiques générales d'une solution peuvent fonder nombre d'arguments, ses conséquences pour les personnes directement concernées par la décision peuvent également être utilisées à des fins argumentatives.

Il est ainsi possible de souligner l'injustice ou l'absurdité de la solution contestée pour ces personnes directement concernées. Un tel argument semble, par exemple, avoir été pris en compte par les magistrats de la première chambre civile lorsqu'ils ont censuré l'annulation d'un mariage qui durait depuis vingt-deux ans¹⁹⁸. Il y a de fortes chances qu'un tel argument soit également intervenu dans la réflexion des magistrats lorsqu'il s'est agi de décider si le fauteuil roulant électrique d'une personne en situation de handicap doit être considéré comme un véhicule terrestre à moteur au sens de la loi du 5 juillet 1985, compte tenu du fait que retenir cette qualification avait conduit la cour d'appel à réduire de moitié le droit à indemnisation de cette personne¹⁹⁹. Tout porte à croire également que c'est la prise en compte de telles conséquences qui a poussé les magistrats de la troisième chambre civile de la Cour de cassation à casser l'arrêt d'une cour d'appel ayant prononcé la démolition d'un ouvrage construit en application d'un contrat annulé, au motif que cette cour d'appel aurait dû rechercher, comme cela lui était demandé, si la démolition de cet ouvrage mal construit constituait « une sanction proportionnée à

¹⁹⁵ F. MOLINS, Avis sur Ass. plén., 2 avr. 2021, n° 19-18.814, p. 23.

¹⁹⁶ Ass. plén., 19 juin 2015, n° 13-19.582.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 31. La citation reproduite par François Molins est issue de R. LIBCHABER, « Le mécanisme du pourvoi dans l'élaboration de la jurisprudence », *JCP G*, 2015, n° 36, 909, p. 1509.

¹⁹⁸ Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066. Une autrice relève, en ce sens, « L'arrêt n'est manifestement dès lors qu'une décision commandée par des circonstances de fait, comme l'indiquait le communiqué de presse de la Cour de cassation. Ce n'est pas le principe de l'empêchement à mariage entre alliés qui est remis en cause, ce n'est que son application à la situation particulière qui est écartée en raison des circonstances de l'espèce, « dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans ». La conjugaison de plusieurs facteurs semble avoir plaidé en faveur du maintien de l'union », M. LAMARCHE, « Empêchement à mariage entre alliés et nullité: sentimentalisme ou pragmatisme de la Cour de cassation? », *JCP G*, 2014, n° 4, p. 93.

¹⁹⁹ Civ. 2^e, 6 mai 2021, n° 20-14.551.

la gravité des désordres et des non-conformités qui l'affectaient »²⁰⁰. Si une telle décision réalisant une « balance des intérêts » peut paraître contestable²⁰¹, elle permet de constater qu'un argument fondé sur les conséquences néfastes d'une solution pour certaines des personnes directement concernées peut être entendu.

F. Se fonder sur les conséquences sociales, sociétales ou économiques

57. Regarder au-delà du droit. Argumenter pour répondre à une question de droit peut également se faire en sortant de la sphère proprement juridique afin d'envisager les conséquences sociales, sociétales ou économiques que l'admission d'une solution pourrait avoir. Depuis la loi du 18 novembre 2016²⁰², le code de l'organisation judiciaire semble d'ailleurs expressément demander aux avocats généraux à la Cour de cassation d'envisager ce type de conséquences, en disposant à l'article L. 432-1, que le procureur général « rend des avis dans l'intérêt de la loi et du bien commun » et qu'il « éclaire la cour sur la portée de la décision à intervenir ». Les avocats généraux n'avaient, de toute façon, pas attendu l'insertion de cet article pour le faire²⁰³.

Dans sa thèse consacrée à *La pratique du précédent en droit français*, Guillaume Leroy rapporte un exemple très intéressant de l'usage d'un tel argument devant la Cour de cassation²⁰⁴. Il s'agit d'un avis dans lequel le premier avocat général Jacques Duplat s'appuie non seulement sur les conséquences financières qu'aurait l'admission par l'Assemblée plénière de la solution qu'il conteste, mais aussi sur les conséquences sociétales qui découleraient de ces conséquences financières²⁰⁵. Un tel argument évoquant les conséquences, puis les conséquences des conséquences, et qui met donc en évidence une sorte d'« effet domino », peut parfois être employé, notamment lorsque des conséquences financières pour un secteur d'activité sont invoquées car celles-ci entraînent souvent d'autres. En l'occurrence, pour répondre à la question de savoir si un régime de responsabilité sans faute doit être appliqué en matière de responsabilité des associations sportives, le premier avocat général souligne, dans son avis, les lourdes répercussions financières qu'aurait la

²⁰⁰ Civ. 3^e, 15 oct. 2015, n° 14-23-612.

²⁰¹ P.-Y. GAUTIER, « La “balance des intérêts” au secours de l'entrepreneur : pas de démolition de l'ouvrage mal construit, en application d'un contrat nul », *RTD civ.*, 2016, p. 140 ; C. DUBOIS, « Violations des dispositions d'ordre public d'un contrat de construction individuelle : démolir la maison ou mollir la sanction ? », *D.*, 2015, p. 2423.

²⁰² Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016.

²⁰³ Sur la nature et l'ampleur de l'usage argumentatif de ce type d'arguments dans les avis et rapports présentés devant la Cour de cassation, mais aussi dans les conclusions présentées devant le Conseil d'État, voir É. RUBI-CAVAGNA, « Les arguments d'opportunité », *op. cit.*, p. 217.

²⁰⁴ G. LEROY, *La pratique du précédent en droit français. Étude à partir des avis de l'avocat général à la Cour de cassation et des conclusions du rapporteur public au Conseil d'État*, *op. cit.*, n° 264.

²⁰⁵ J. DUPLAT, Avis sur Ass. plén., 29 juin 2007, n° 06-18.141, *BICC*, n° 668, 1^{er} oct. 2007, p. 23.

consécration d'un tel régime juridique par la jurisprudence. Il indique même qu'une étude de l'impact financier de cette consécration a été demandée au ministère de la jeunesse et des sports et à la Fédération française de rugby et que les résultats qui concernent cette dernière font apparaître un « péril financier »²⁰⁶ pour les associations sportives. Il souligne alors les conséquences sociétales d'un tel péril financier : « Il n'est pas besoin d'insister sur la gravité des conséquences d'une telle situation au regard des enjeux que représente le développement de la pratique sportive, notamment pour la jeunesse du pays qui serait ainsi privé, outre des bienfaits physiques du sport, d'une école de la responsabilité et du civisme »²⁰⁷. Ce double argument, que Jacques Duplat présente à la fin de son avis, après l'exposé de la jurisprudence constante qui refuse de reconnaître, depuis 2003²⁰⁸, la responsabilité d'une association sportive dès lors qu'aucune faute caractérisée par une violation des règles du jeu imputable à un joueur membre de l'association n'est établie, vient ainsi porter le « coup de grâce »²⁰⁹ à la solution qu'il conteste.

Bien entendu, des conséquences économiques peuvent aussi être utilisées seules pour fonder un argument. C'est, par exemple, le cas dans le rapport sur l'arrêt rendu par la chambre mixte de la Cour de cassation le 25 mars 2022. Le conseiller Xavier Samuel y envisage, en effet, dans les dernières pages, l'« impact financier/économique induit » par la consécration d'une indemnisation autonome du préjudice d'angoisse de mort imminente²¹⁰.

VIII. Les arguments fondés sur une appréciation

58. Quand les appréciations appellent une conclusion. Relevant à la fois des arguments et des techniques rhétoriques, les arguments fondés sur une appréciation sont régulièrement employés dans des argumentations de toute nature. Il faut dire que le procédé sur lequel ils reposent peut s'avérer peu couteux en mots et se révéler malgré tout particulièrement efficace. Un tel argument peut, en effet, tenir en un seul adjectif qualificatif, destiné à souligner les qualités ou les défauts d'un choix ou d'un élément pouvant conditionner ce choix, et, malgré cela, parvenir à soutenir une conclusion que le destinataire de l'argument peut même être invité à déterminer seul. Ainsi, affirmer qu'un objet coûte « très cher » ou, mieux, est « hors de prix » conduit à la conclusion qu'il convient ne pas l'acheter. Et si le destinataire de l'argument admet l'appréciation formulée, il adhérera bien souvent à la conclusion qu'elle soutient, même si celle-ci n'est soutenue que de manière implicite. Il convient donc

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 33.

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ Civ. 2^e, 20 nov. 2003, n° 02-13.653.

²⁰⁹ G. LEROY, *La pratique du précédent en droit français. Étude à partir des avis de l'avocat général à la Cour de cassation et des conclusions du rapporteur public au Conseil d'État*, op. cit., n° 264.

²¹⁰ X. SAMUEL, Rapport sur Ch. mixte, 25 mars 2022, n° 20-15.624, p. 34-35.

de ne pas négliger cette donnée essentielle : dans le cadre d'une argumentation, toute appréciation est susceptible de conduire à une conclusion²¹¹.

59. Les appréciations inhérentes aux arguments juridiques. Dans le cadre d'une argumentation relative à une problématique juridique, s'appuyer sur une appréciation revêt une forme particulière. En effet, une telle appréciation peut alors être réalisée au sujet d'un acte juridique, d'une catégorie d'actes juridiques, d'une notion, d'un principe, d'une règle, d'un droit, d'une décision, d'une orientation jurisprudentielle ou même d'éléments de fait ou de l'enjeu du litige ou encore à propos des conséquences découlant de l'admission d'une des solutions en présence.

Certaines de ces appréciations sont inhérentes à l'argument lui-même : elles sont indispensables à sa formulation puisqu'un argument, quel qu'il soit, repose sur une appréciation que l'on cherche à faire admettre à l'auditoire visé. Cela est notamment perceptible lorsque l'argument avancé est fondé sur la lettre des textes applicables ou sur la jurisprudence.

Ainsi, concernant les arguments fondés sur la lettre des textes applicables, une appréciation est indispensable pour en souligner la clarté ou, au contraire, l'obscurité, les contradictions ou le silence et, par conséquent, pour indiquer dans quelle mesure il est possible de fonder le raisonnement sur ces textes. Cette première appréciation permet bien souvent d'en énoncer une deuxième relative aux applications que les juges ont pu réaliser de ces textes eu égard à l'appréciation portée sur eux, en soutenant, par exemple, que l'interprétation de la cour d'appel apparaît « contestable » car elle aboutit à « contourner » le caractère limitatif de la liste dressée, de façon claire, par les dispositions applicables²¹².

De manière analogue, un argument fondé sur la jurisprudence implique forcément une appréciation, pour, par exemple, estimer une jurisprudence insatisfaisante, contradictoire ou « dense, mais disparate »²¹³, ou encore pour soutenir qu'elle revient à appliquer une décision « obsolète »²¹⁴ et doit donc connaître une « nécessaire évolution »²¹⁵.

60. Les appréciations fondant un argument juridique distinct. Dépassant le cadre des appréciations inhérentes à tous types d'arguments, les arguments fondés sur une appréciation nous paraissent exister en tant que tel, lorsqu'ils vont au-delà de ce que nécessite la formulation d'un argument. Il est vrai que la distinction peut paraître artificielle, mais elle nous semble tout de même nécessaire pour comprendre que l'impact d'un argument peut être renforcé par une

²¹¹ En ce sens, Fabrizio Macagno et Douglas Walton écrivent que les mots peuvent être des « masques », F. MACAGNO et D. WALTON, *Emotive language in argumentation*, Cambridge University Press, 2014, p. 15.

²¹² P. LAVIGNE, Avis sur civ. 1^{re}, 8 avril 2021, n° 19-25.236, p. 2. Voir *supra* n° 11.

²¹³ Ch. GUÉGUEN, Avis sur Ch. mixte, 29 oct. 2021, n° 19-18.470, p. 6.

²¹⁴ F. MOLINS, Avis sur Ass. plén., 2 avr. 2021, n° 19-18.814, p. 15 et 23.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 29.

appréciation qui aurait très bien pu ne pas être ajoutée. Une telle appréciation recèle, en effet, une force argumentative loin d'être négligeable puisqu'elle indique à l'auditoire ce qu'il convient de penser de l'argument soutenu. Elle s'avère notamment utile lorsqu'il s'agit de soutenir un argument fondé sur les conséquences d'une des solutions pouvant être admise. Il peut ainsi permettre de surligner leur gravité en invoquant, par exemple, le risque d'un « péril financier » pour les associations sportives si un régime de responsabilité sans faute leur était appliqué²¹⁶ ou de mettre en évidence l'enjeu du litige en indiquant qu'il est « d'importance »²¹⁷.

En outre, un argument fondé sur une appréciation peut être avancé sans avoir pour rôle d'en soutenir un autre. Un tel argument peut ainsi appeler à faire évoluer, voire à supprimer une notion, une catégorie d'actes ou l'interprétation d'une règle, en indiquant qu'elle a subi l'usure du temps. C'est ce que fait, par exemple, subtilement l'avocat général Jerry Sainte-Rose lorsqu'il écrit, au sujet de la notion de contrat réel, qu'« un courant doctrinal souligne que celle-ci est peut-être moins archaïque qu'on ne l'a prétendu ». Cela lui permet de préconiser la suppression de cette notion ou, si les magistrats auxquels il s'adresse ne retiennent pas une solution aussi radicale, de demander à ce que les prêts consentis par un professionnel du crédit ne soient plus considérés comme des contrats réels²¹⁸.

Un argument fondé sur une appréciation peut, enfin, être destiné à renforcer le poids d'un argument fondé sur le point de vue d'un ou plusieurs auteurs de doctrine, en soulignant la qualité de certains auteurs ou leur nombre. On peut ici, à titre d'illustration, rappeler l'incitation gorgée d'appréciations adressée par l'avocat général Renaud Salomon aux magistrats de la chambre criminelle : « Cette solution, que je propose aujourd'hui à la chambre criminelle, répondrait tout d'abord aux attentes fortes d'une doctrine importante et autorisée »²¹⁹. On peut aussi songer à l'utilisation parfois faite des mots « la doctrine » pour annoncer la citation d'un unique auteur.

²¹⁶ J. DUPLAT, Avis sur Ass. plén., 29 juin 2007, n° 06-18.141, *op. cit.*, p. 33.

²¹⁷ Ainsi, dans son avis relatif à la question de savoir si, en matière de crédit à la consommation, le coût d'une assurance facultative souscrite par les emprunteurs doit être indiqué par le prêteur dans l'encadré figurant au début du contrat, l'avocat général formule la question de droit, puis débute sa réponse par ces mots : « L'enjeu est d'importance puisque l'éventuelle méconnaissance par l'établissement de crédit des obligations informatives qui lui sont imposées est sanctionnée par la déchéance du droit aux intérêts conventionnels ». Le constat paraît, de prime abord, relativement neutre, mais le fait qu'il souligne l'importance de l'enjeu pour les établissements de crédit, et non pour les emprunteurs, permet de supposer que la suite de l'argumentation va tenter de démontrer que ces établissements n'ont pas pour obligation de faire figurer le coût d'une assurance facultative contractée par les emprunteurs dans l'encadré situé au début du contrat. C'est effectivement le cas. Il n'est donc pas interdit de considérer que cette phrase d'ouverture n'est pas aussi neutre qu'elle en a l'air. P. LAVIGNE, Avis sur civ. 1^{re}, 8 avril 2021, n° 19-25.236, p. 2.

²¹⁸ J. SAINTE-ROSE, Conclusions sur civ. 1^{re}, 28 mars 2000, n° 97-21.422, *op. cit.*, p. 6.

²¹⁹ R. SALOMON, Avis sur crim., 25 nov. 2020, n° 18-86.955, p. 13.

Par l'intermédiaire d'un mot, d'un adjectif ou d'une expression, il est ainsi possible de préparer le terrain à un ou plusieurs arguments plus solides ou de renforcer le poids d'un de ces arguments ou encore de résumer l'exposé d'une jurisprudence ou d'une série d'affirmations en suggérant à l'auditoire ce qu'il convient d'en retenir. Bien plus qu'un simple habillage, les appréciations disséminées dans une argumentation lui insufflent donc une dynamique et viennent en surligner les points importants pour en décupler l'impact. Mais le succès d'une argumentation exige de les manier avec précaution, car si elles ne rencontrent pas un minimum d'adhésion de la part des destinataires de l'argumentation – soit parce que ces derniers estiment que les appréciations portées relèvent de l'exagération ou d'une relativisation excessive, soit parce qu'ils tirent une conclusion très différente des informations que l'argumentation expose par ailleurs –, elles risquent fortement de discréditer l'ensemble de la démonstration à leurs yeux.

Il convient de remarquer que, s'ils peuvent tenir en quelques mots, ces arguments fondés sur une appréciation font parfois l'objet d'une ou plusieurs phrases, quelquefois cinglantes. Ainsi, suite à l'arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation ayant rejeté la qualification de véhicule terrestre à moteur pour un fauteuil roulant électrique²²⁰, un auteur a dénoncé ce qu'il considère comme une négation de la lettre des textes applicables en écrivant :

« autant le dire sans fard : il ne s'agit que d'une nouvelle forme de droit naturel considéré comme supérieur au droit positif. À l'opposé de cette conception se trouve l'art juridique qui consiste précisément à trouver le moyen technique qui justifie pleinement la solution »²²¹.

Il faut dire que, comme l'illustre cette citation, les auteurs de doctrine font souvent preuve de moins de mesure dans leurs appréciations que les avocats généraux ou les conseillers à la Cour de cassation. Cette liberté de plume, que certains mettent à profit avec une habileté remarquable, fait non seulement le charme de ces écrits, mais permet également de donner au point de vue soutenu une force de conviction que la pudeur des formules feutrées n'aurait pu leur offrir. Dans les mots de la doctrine, la critique peut, en effet, frapper sans retenir ses coups, affirmant, par exemple, que les évolutions jurisprudentielles relatives au droit de la franchise ont transformé cette matière en « bateau ivre »²²², que les mesures restrictives aux droits et libertés adoptées par les autorités françaises lors de la crise sanitaire ont mis la Convention européenne des droits de l'homme « en

²²⁰ Civ. 2^e, 6 mai 2021, n° 20-14.551.

²²¹ F. ROUVIÈRE, « L'esprit contre la lettre : un fauteuil roulant électrique n'est pas un véhicule terrestre à moteur », *op. cit.*, p. 975.

²²² N. DISSAUX et R. LOIR, « Le droit de la franchise, un bateau ivre », *D.*, 2022, p. 571.

quarantaine »²²³, que cette série d'ordonnances, et notamment les dispositions concernant les personnes privées de liberté, ne sont que « la face immergée d'un iceberg à la dérive en pleine tempête (épidémique) »²²⁴ ou, sur la question de la « balance des intérêts » que doivent parfois réaliser les juges, que la « “fondamentalisation” du droit, sans discernement, est le tombeau de la sécurité juridique »²²⁵.

61. Le pouvoir argumentatif de l'euphémisme. À l'opposé de l'impact des formules tranchées de certains auteurs, il est possible de mettre à profit la douceur de l'euphémisme, notamment lorsque l'argumentation développée a pour finalité de préconiser un revirement de jurisprudence. L'appréciation réalisée par le choix d'un mot plutôt qu'un autre peut ainsi entourer de velours la solution de fer défendue. C'est ce que fait, par exemple, l'avocat général Philippe Brun lorsqu'il propose aux magistrats de la troisième chambre civile d'opérer un revirement de jurisprudence sur la question de l'effet de la révocation par un promettant de la promesse unilatérale de vente qu'il a consentie, en leur suggérant d'aligner leur position sur celle consacrée par l'ordonnance du 10 février 2016, bien que les faits de l'espèce aient eu lieu antérieurement à l'entrée en vigueur de ce texte. Dans les mots de l'avocat général, en l'espace d'une phrase, le revirement de jurisprudence préconisé devient une « réorientation jurisprudentielle » :

« Verra-t-on dans un tel rejet [du pourvoi] un revirement en forme de capitulation? Nous ne le pensons pas, et c'est tout au contraire au crédit de notre chambre que sera mise cette réorientation jurisprudentielle, qui pourra s'enorgueillir de n'avoir pas succombé à la tentation d'un ultime “baroud” somme toute assez vain »²²⁶.

Outre le choix du terme « réorientation », qui a une connotation moins radicale que celui de « revirement », l'ensemble des appréciations portées par ces deux phrases vient souligner à quel point l'admission par les magistrats de la solution défendue serait appréciable et constituerait même un motif de fierté. Même le choix du temps retenu pour formuler ces phrases n'est pas anodin. L'utilisation du futur plutôt que du conditionnel présent revêt, en effet, lui aussi, un intérêt

²²³ F. SUDRE, « La mise en quarantaine de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G*, 2020, n° 17, 510, p. 817. Pour une autrice, les mesures prolongeant de plein droit la détention provisoire ont peut-être eu le même résultat pour l'État de droit, H. PAULIAT, « Détention provisoire prolongée de plein droit: l'État de droit en quarantaine? », note sous CE, 3 avr. 2020, n° 439894, *JCP A*, 2020, n° 17, 2129, p. 1.

²²⁴ S. SLAMA, « Privations de liberté en temps de confinement: le Conseil d'État dans le talweg gouvernemental », *AJ pénal*, 2020, p. 235.

²²⁵ P.-Y. GAUTIER, « La “balance des intérêts” au secours de l'entrepreneur: pas de démolition de l'ouvrage mal construit, en application d'un contrat nul », *op. cit.*, p. 140

²²⁶ Ph. BRUN, « Sanction de la rétractation du promettant dans la promesse unilatérale de vente », *Avis sur civ. 3^e*, 23 juin 2021, n° 20-17.554 (extraits), *D.*, 2019, p. 298.

argumentatif, ou plus généralement rhétorique, puisqu'il transforme en vision un scénario qui n'est, en réalité, que possible. Il nous semble que l'effet argumentatif aurait été moins prononcé si le conditionnel présent avait été utilisé.

IX. Les arguments fondés sur le contexte extra-juridique

62. Contextualiser la question de droit. Si le contexte extra-juridique peut être pris en compte dans le cadre d'un argument fondé sur les conséquences, il peut également être décrit de manière brute au soutien d'une argumentation. Il s'agit alors de présenter des éléments sociaux, sociétaux, économiques, médicaux, scientifiques ou encore technologiques pour contextualiser l'argumentation et ainsi faire prendre conscience des enjeux extra-juridiques induits par la question de droit ou de préconiser une réponse adaptée à ce contexte, en s'appuyant sur le ressort selon lequel le droit doit être en phase avec son époque et doit servir à en résoudre les problèmes ou, au moins, ne pas les accentuer²²⁷. En cela, un argument fondé sur le contexte extra-juridique peut parfois rejoindre un argument fondé sur les conséquences. Il peut, par exemple, s'agir de souligner l'inadaptation des solutions retenues jusque-là au regard de ces éléments extra-juridiques.

Un tel argument peut être employé en mettant en avant un élément du contexte actuel (A) ou en soulignant le sens de l'évolution d'éléments contextuels (B).

A. Mettre en avant un élément du contexte actuel

63. Présenter le contexte pour souligner les enjeux. Mettre en avant un élément du contexte actuel consiste à décrire l'ampleur ou la gravité d'une situation en lien avec la question de droit pour souligner l'importance des enjeux extra-juridiques de cette question. Il s'agit alors de s'assurer que les magistrats chargés de trancher le litige ont bien conscience de ces enjeux et en tiendront compte dans leur raisonnement.

Une telle description peut notamment être réalisée à l'aide de données chiffrées. Éliette Rubi-Cavagna indique, à ce propos, qu'un avocat général a, par exemple, mentionné, dans son avis adressé à la première chambre civile, le nombre d'enfants placés en centre de rétention administrative afin de souligner les enjeux

²²⁷ Sur ce ressort argumentatif, Pascale Deumier écrit, en citant l'avis d'un avocat général : « le juge ne se décide pas par un raisonnement formel pétri de pures considérations juridiques mais suit également “son obsédante recherche d'une adéquation permanente du droit aux phénomènes sociaux qu'il régit” », P. DEUMIER, « L'utilisation de l'argument sociologique par le juge judiciaire », in D. FENOUILLET (dir.), *L'argument sociologique en droit. Pluriel et singularité*, Paris, Dalloz, 2015, p. 227. Elle cite M. DOMINGO, Avis sur civ. 1^{re}, 11 juin 2009, n° 07-14.932.

liés à la question de savoir si le fait de maintenir dans un tel centre une jeune mère de famille, son mari et leur bébé de deux mois et demi constitue un traitement inhumain au sens de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme²²⁸.

Les données chiffrées ainsi utilisées peuvent aussi être accompagnées de constats écrits réalisés par des spécialistes. Ainsi, dans son avis oral sur la question de savoir si les conditions de détention peuvent constituer un obstacle au placement ou au maintien en détention provisoire d'une personne, l'avocate générale Sandrine Zientara-Logeay donne non seulement des chiffres permettant de prendre conscience de la surpopulation carcérale, mais fait également référence aux conclusions du rapport, intitulé *Les droits fondamentaux à l'épreuve de la surpopulation carcérale*, présenté par la contrôleure générale des lieux privatifs de liberté²²⁹. L'avocate générale fait, dans cet avis, un double usage notable de ces éléments contextuels. En effet, elle considère, d'une part, que, malgré la surpopulation carcérale, il ne convient pas d'admettre qu'une atteinte à la dignité de la personne puisse empêcher son placement ou son maintien en détention provisoire, mais elle s'appuie, d'autre part, sur le constat de cette surpopulation carcérale pour affirmer que la transmission au Conseil constitutionnel de la Question prioritaire de constitutionnalité posée à ce sujet est indispensable.

Des études de spécialistes peuvent également être employées seules, sans référence à des données chiffrées. Ainsi, dans son avis sur la question de la requalification en contrat de travail des contrats de participants au programme de « télé-réalité » intitulé « L'île de la tentation », l'avocat général a présenté les conclusions d'ouvrages de psychologie sur l'intrusion d'une caméra dans la vie privée²³⁰.

B. Souligner le sens de l'évolution d'éléments contextuels

64. Tirer profit des évolutions. Fonder un argument sur les évolutions sociales, sociétales, économiques ou technologiques consiste à souligner le sens de cette évolution, soit pour préconiser de l'accompagner juridiquement, soit, lorsque cette évolution n'est pas souhaitée, pour préconiser une solution qui pourrait contribuer à l'enrayer. Le premier cas de figure semble être le plus utilisé dans les argumentations permettant de répondre à une problématique juridique. Il permet d'utiliser une évolution pour soutenir la solution qui semble la plus en adéquation avec elle. En effet, comme l'écrit le Professeur Pascale Deumier, « décrire le sens d'une évolution, c'est plaider pour le respect de cette évolution.

²²⁸ É. RUBI-CAVAGNA, « Les arguments d'opportunité », *op. cit.*, p. 222, n° 257. L'auteure fait référence à P. CHEVALIER, Avis sur civ. 1^{re}, 10 déc. 2009, n° 08-14.141.

²²⁹ S. ZIENTARA-LOGEAY, Avis oral sur crim., 8 juill. 2020, n° 20-81.727, n° 20-81.731 et n° 20-81.739.

²³⁰ D. ALLIX, Avis sur soc., 3 juin 2009, n° 08-40.981, n° 08-40.982, n° 08-40.983, n° 08-41.712, n° 08-41.713 et n° 08-41.714, avis cité par É. RUBI-CAVAGNA, « Les arguments d'opportunité », *op. cit.*, p. 245, n° 302.

L'argument est donc bien persuasif, puisqu'il crée un arrière-plan à l'argumentation juridique et pré-orienté l'interprétation qui va ensuite être défendue sur un terrain plus strictement juridique »²³¹.

Ainsi, dans ses conclusions sur la nature du contrat de prêt consenti par un professionnel du crédit, l'avocat général Jerry Sainte-Rose évoque, en quelques mots, les évolutions économiques relatives aux contrats de prêt, mais aussi les évolutions des pratiques bancaires permises par les progrès technologiques. Il souligne, en effet, « le développement des prêts de consommation et, en particulier, des prêts consentis par les établissements de crédit » et rappelle, par ailleurs, qu'« à notre époque, grâce à l'informatique, les transferts de fond s'opèrent au besoin de façon instantanée »²³². La description de cette double évolution lui permet de soutenir l'appréciation qu'il porte sur le caractère « archaïque » de la notion de contrats réels²³³, puis de suggérer à la Cour de cassation de ne plus considérer les prêts consentis par un professionnel du crédit comme des contrats réels. Ces arguments, notamment combinés avec un argument fondé sur l'esprit des changements juridiques récents ayant eu lieu en matière de crédits²³⁴, ont contribué à convaincre les magistrats de la première chambre civile de la Cour de cassation²³⁵.

X. Les arguments fondés sur la comparaison avec d'autres systèmes de droit

65. Des arguments à l'intérêt très limité. Bien que l'apport de la comparaison des droits à la réflexion juridique ne soit plus à démontrer, son intérêt argumentatif pour répondre à une problématique juridique de droit privé semble très limité. En effet, si l'on exclut les nécessaires recherches sur le droit étranger qu'impliquent les litiges de droit international privé lorsque les règles de conflit de lois prévoient qu'une loi étrangère doit être appliquée ou l'utilisation qui peut être faite des interprétations jurisprudentielles étrangères d'une convention de droit international lorsque des juges français doivent, à leur tour, procéder à cette interprétation²³⁶, les références aux solutions étrangères ne peuvent constituer qu'une indication qui, en raison de leur absence de lien avec les dispositions et la jurisprudence françaises, ne peuvent prétendre qu'à un faible pouvoir de conviction. Dans sa contribution sur l'utilisation du droit comparé par les avocats généraux et les conseillers rapporteurs à la Cour de cassation et par les rappor-

²³¹ P. DEUMIER, « L'utilisation de l'argument sociologique par le juge judiciaire », *op. cit.*, p. 229.

²³² J. SAINTE-ROSE, Conclusions sur civ. 1^{re}, 28 mars 2000, n° 97-21.422, *op. cit.*

²³³ Voir *supra* n° 60.

²³⁴ Voir *supra* n° 27.

²³⁵ Civ. 1^{re}, 28 mars 2000, n° 97-21.422.

²³⁶ S. BOUABDALLAH, « La comparaison des droits », in P. DEUMIER (dir.), *Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, *op. cit.*, p. 203, n° 231.

teurs publics au Conseil d'État, Safia Bouabdallah relève d'ailleurs que les avis ou rapports présentés devant la Cour de cassation ne renvoient que très exceptionnellement à cette catégorie d'arguments²³⁷. Ils ont ainsi pu l'être sur de grands débats de société, telle l'affaire *Perruche*²³⁸ ou la problématique des effets dans le temps des revirements de jurisprudence²³⁹ ou encore lorsqu'il s'est agi de s'interroger sur la pertinence de l'importation dans notre droit d'un concept étranger²⁴⁰. Mais les références au droit comparé réalisées au sein de ces documents semblent surtout destinées à donner du relief à l'exposé sans prétendre à une quelconque portée argumentative, « le droit comparé se faisant “art d'agrément” »²⁴¹.

De tels éléments de comparaison peuvent aussi servir à compléter une argumentation, ce qui peut permettre d'ajouter un très léger poids aux arguments principaux. Ainsi, à la fin de son avis sur l'arrêt rendu par la chambre mixte le 29 octobre 2021, sur la question de la responsabilité du mandant en cas de dol du mandataire, le premier avocat général Christine Guéguen évoque, en quelques courts paragraphes, les solutions adoptées par nos voisins européens, mais en relativisant la force argumentative de ces informations, avant même de les énoncer :

« Avant de conclure, *il n'est pas inintéressant d'observer*, grâce à une comparaison européenne réalisée par notre service de la documentation, des études et du rapport (SDER), que les grandes places économiques et financières européennes retenues dans ce panel que sont la Grande Bretagne et les Pays-Bas restent attachées à la possibilité de retenir la responsabilité du mandant à raison du dol commis par son mandataire, même si l'Allemagne a, quant à elle, une position plus nuancée »²⁴².

Elle cite même le code civil tchèque « à titre plus anecdotique »²⁴³.

²³⁷ *Ibid.*

²³⁸ *Ibid.*, p. 201, n° 228.

²³⁹ *Ibid.*, p. 207, n° 237. L'autrice cite l'avis de l'avocat général sur l'arrêt rendu par la première chambre civile le 11 juin 2009 : « arrivé à ce stade, il n'est pas inutile d'indiquer toutes les précautions dont les systèmes juridiques étrangers ou internationaux s'entourent pour limiter les effets dévastateurs des revirements de jurisprudence : [...] », M. DOMINGO, Avis sur civ. 1^{re}, 11 juin 2009, n° 08-16.914.

²⁴⁰ La question concernait, en l'occurrence, la consécration jurisprudentielle d'un principe inspiré du mécanisme anglais de l'*estoppel*, S. BOUABDALLAH, « La comparaison des droits », in P. DEUMIER (dir.), *Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, op. cit., p. 204, n° 232.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 206, n° 235. L'autrice reprend l'expression de B. FAUVARQUE-COSSON, « Le droit comparé, art d'agrément ou entreprise stratégique », in *De tous horizons. Mélanges X. Blanc-Jouvan*, Paris, LGDJ, Société de législation comparée, 2005, p. 69.

²⁴² Ch. GUÉGUEN, Avis sur Ch. mixte, 29 oct. 2021, n° 19-18.470, p. 25-26. Souligné par nous.

²⁴³ *Ibid.*, p. 26.

Autant dire que les arguments fondés sur la comparaison avec d'autres systèmes de droit n'ont que peu de chances de constituer des arguments forts en face d'une problématique juridique de droit privé. Le droit comparé paraît disposer de vertus argumentatives bien plus intéressantes en droit constitutionnel²⁴⁴.

66. Un espoir en guise de conclusion. Au terme de cette étude, il reste encore beaucoup à découvrir pour parvenir à comprendre les ressorts et les rouages de l'argumentation juridique. Nous avons pour projet d'apporter notre modeste contribution à cette recherche en tentant de répertorier les routes de l'argumentation permettant de répondre à une problématique de droit privé, afin de les présenter un jour aux juristes en formation. En définitive, celles-ci nous ont conduit de la puissance de l'argument littéral à la quasi-inutilité de l'argument fondé sur le droit comparé. En cartographe amateur, nous avons tenté d'élaborer une ébauche de carte, mais sans doute avons-nous oublié plusieurs sentiers, et peut-être même une des routes principales. Cela ne nous empêchera pas de retourner sur ces routes pour tenter de faire mieux. En espérant y croiser d'autres explorateurs...

²⁴⁴ A. LE QUINIO, « Le recours aux précédents étrangers par le juge constitutionnel français », *RIDC*, 2014, 66-2, p. 581, notamment p. 594 et s.