



HAL
open science

Typologie des problèmes juridiques et argumentation

Frédéric Rouvière

► **To cite this version:**

Frédéric Rouvière. Typologie des problèmes juridiques et argumentation. RTDCiv. Revue trimestrielle de droit civil, 2022, 03, pp.559. halshs-03825446

HAL Id: halshs-03825446

<https://shs.hal.science/halshs-03825446>

Submitted on 14 Sep 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Typologie des problèmes juridiques et argumentation

Frédéric Rouvière

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Laboratoire de théorie du droit

L'essentiel

L'argumentation juridique fait face à quatre grands types de problème : interpréter les textes, les harmoniser, les compléter ou y déroger. L'intérêt de cette classification fonctionnelle est qu'elle permet de mettre en relation un certain type d'argument avec un certain type de problème. Ainsi, le juriste use de topiques spécifiques selon le type de problème à résoudre. L'enjeu d'une telle typologie est de proposer une théorie de l'argumentation qui soit à la fois : descriptive de la pratique de l'argumentation, didactique pour enseigner le sens du problème aux futurs juristes et contribuant à une authentique épistémologie du problème juridique.

1. Pour une théorie du problème juridique (1) - Le problème juridique est au cœur de la pratique du droit et de son apprentissage. Aucune profession n'y échappe. Avocats, juges, notaires, huissiers, conseils d'entreprise et autres agents confrontés au droit se doivent de poser correctement le problème juridique et d'y apporter une réponse. Aucun étudiant n'y échappe non plus. Les facultés de droit françaises se donnent en effet principalement pour tâche de former leurs étudiants à poser correctement le problème juridique.

Pourtant, en dépit de travaux pionniers (2), la théorie du problème juridique est restée comme lettre morte, dans une espèce de relative indifférence ou d'inconscience théorique *comme si* tout allait de soi, *comme si* les juristes savaient déjà l'essentiel et ne ressentaient pas le besoin de le théoriser. À l'inverse de ce mouvement, nous voudrions montrer que la théorie du problème juridique reste à construire. Pour y contribuer, nous proposons de l'exposer sous l'angle particulier de l'argumentation.

2. Argumentation et problème juridique - À notre connaissance, les études sur l'argumentation juridique, y compris à l'étranger (3), ne portent pas sur la mise en relation explicite du problème juridique avec des types d'arguments. Bien entendu, il existe des auteurs qui ont souligné de façon générale la structure « question-réponse » (4) comme tension fondamentale de toute argumentation. Toutefois, une théorie propre du problème juridique n'a pas vu le jour à partir de cette considération. C'est précisément cette lacune que nous souhaiterions combler. Pour cela, nous allons examiner une hypothèse particulière, celle selon laquelle il est possible de réaliser une typologie des problèmes juridiques. L'idée est que cette classification a une influence sur le type d'argument mobilisé pour y répondre.

L'enjeu d'une telle analyse n'est pas seulement didactique (en permettant une exposition systématique et simplifiée de la question de droit aux étudiants) mais aussi à la croisée de la théorie et de la pratique. Pour la théorie, il s'agit d'apporter une pierre à l'édifice de l'épistémologie juridique et de se demander s'il existe des invariants dans la façon de penser des juristes. Pour la pratique, il s'agira de montrer qu'il faut éviter l'erreur de catégorie (5), à savoir utiliser le mauvais argument pour résoudre un bon problème ou, inversement, utiliser un bon argument mais pour résoudre le mauvais problème. En d'autres termes, il s'agira de montrer qu'il n'existe pas une sorte de clé universelle qui puisse ouvrir toutes les serrures mais bien au contraire une correspondance entre les arguments et les types de problème à résoudre.

3. Typologie des problèmes juridiques - Le problème juridique consiste fondamentalement dans le choix d'une des deux thèses en présence. Ce choix va s'effectuer par une qualification. Celle-ci est une argumentation au sens où elle justifie le rattachement d'un élément à un ensemble (qualification) qui emporte certaines conséquences (régime

juridique) (6).

Cependant, ce schéma de base connaît d'importantes variations selon le type ou la nature du problème à résoudre car il appelle l'usage d'arguments propres. Nous sommes ici au coeur de la thèse que nous voulons exposer et qui pourrait s'apparenter à une théorie des cas difficiles « à la française » (7).

En somme, il n'y a que quatre grandes formes de problèmes juridiques : l'interprétation, l'harmonisation, la complétude et la dérogation.

L'*interprétation* consiste à déterminer le sens d'un texte. Elle est nécessaire dans toutes les hypothèses où la lettre du texte est vague, floue, incertaine ou polysémique. En bref, l'interprétation est nécessaire chaque fois que le texte manque de clarté au regard du cas à résoudre. Hans Kelsen (8) et Herbert Hart (9) présentent la tâche du juge principalement sous ce prisme. Le concept fondateur qui permet la résolution de ce problème est la sémantique.

L'*harmonisation* consiste à articuler deux textes concurrents qui peuvent potentiellement s'appliquer à un même cas. Elle est nécessaire chaque fois que l'interprétation des textes rend possible un chevauchement de leurs champs d'application. Il s'agit de l'hypothèse plus connue sous le nom de « concours de qualification » dans laquelle les textes sont surabondants : il va falloir les concilier. Le concept fondateur qui permet la résolution de ce problème est la cohérence qui repose elle-même sur le principe de non-contradiction.

La *complétude* consiste à résoudre un cas en l'absence de texte qui le vise expressément, le cas est donc en ce sens inédit. Il s'agit de la question classique des lacunes. La recherche de complétude est alors nécessaire chaque fois que les données positives du droit ne traitent pas explicitement du cas à résoudre. Il s'agit de l'inverse du problème d'harmonisation : les textes ne sont pas surabondants mais manquants. Le concept fondateur qui permet la résolution de ce problème est la généralisation des cas ou des définitions déjà admis.

La *dérogation* consiste à refuser d'appliquer les solutions prévues par le droit en vigueur. Il s'agit d'une autre question classique : celle de la justice. Cette recherche s'explique par la volonté de trouver pour le cas à traiter la meilleure solution possible, la plus opportune. Cette optimisation de la justice pour le cas à traiter renvoie à l'équité. Le concept fondateur qui permet la résolution du problème est le droit naturel, entendu comme une justice supérieure et préférable à la justice positive.

Nous allons voir que chacun de ces quatre types de problèmes est en relation avec un nombre limité d'arguments correspondants.

I - Interpréter

4. Interpréter - La question de l'interprétation peut être appréhendée selon plusieurs degrés de généralité. Au plus haut degré, il s'agit d'une théorie si générale qu'elle recouvre l'ensemble de l'activité intellectuelle des juristes. À un degré moindre, il s'agit d'une activité très précise : celle qui consiste à donner un sens à un texte. À l'extrême rigueur, les faits ne s'interprètent pas, ils s'apprécient. Leur sens juridique vient par l'opération de qualification.

Les questions de sens et de signification sont bien évidemment centrales en droit où la place des textes est prépondérante. Elles se rencontrent spécialement dans l'hypothèse de textes indéterminés (10).

5. Indétermination - Il y a plusieurs façons de réduire l'indétermination.

D'abord, le juge peut définir la notion. Par exemple, la Cour de cassation a défini la notion d'implication dans les accidents de la circulation (11), la notion d'abus de fonction dans la responsabilité des préposés (12) ou encore avait jadis défini la force majeure (13) avant qu'elle ne le soit par la loi.

Dans toutes ces situations, le juge a énoncé un ensemble de conditions nécessaires et suffisantes dans le silence des textes. Il a déterminé ce que le législateur avait laissé indéterminé. À proprement parler, il ne s'agit pas d'une lacune, car le législateur a volontairement laissé au juge le soin de délimiter le champ d'application d'une notion.

Ensuite, le juge peut rechercher les cas semblables. Il ne raisonne plus de façon abstraite mais concrète en ajoutant progressivement au champ d'application du texte les cas regardés comme relevant de la même catégorie. Cette façon de procéder est spécialement pertinente lorsque la méthode des conditions nécessaires et suffisantes n'est pas adaptée en raison de la teneur idéologique ou morale des catégories, par exemple pour l'ordre public, la faute ou l'intérêt de l'enfant. Dans toutes ces hypothèses, le juge réduit l'indétermination en enrichissant la catégorie par une argumentation proprement casuistique.

Ces techniques de réduction de l'indétermination consistent à utiliser les deux grandes modalités de l'argumentation : *soit* définir *soit* utiliser les précédents au sens de cas déjà jugés.

6. Sens littéral - Plus spécifiquement, l'exigence d'interprétation ouvre la voie à des arguments propres liés au sens littéral ou bien à la forme littérale.

Le sens littéral repose le plus souvent sur la grammaire. Il est censé découler de la façon dont les phrases sont formulées. Par exemple, lorsque le code civil énonce que le divorce peut être demandé par l'un des époux pour des violations graves *ou* répétées des obligations du mariage (14), la conjonction de coordination « ou » implique une alternative : il s'agit soit d'une violation grave (par ex., adultère), soit d'une violation répétée (par ex., tabagisme excessif).

La lettre autorise souvent plusieurs sens. Ainsi, la notion de « voie propre » n'est pas définie pour l'application de la loi du 5 juillet 1985 relative aux accidents de la circulation. Elle peut être entendue au moins de trois façons différentes : celle qui est interdite aux piétons et cyclistes, celle qui est seulement partagée par le tramway avec des automobiles, ou bien celle où le tramway est le seul à pouvoir rouler (15).

La volonté de stopper le débat sur l'interprétation aura lieu avec la topique du sens clair, évident ou ordinaire. C'est ce critère qui est utilisé pour décider du renvoi des questions préjudicielles devant la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) (16). De même, la CJUE s'est référée au sens ordinaire (tel qu'il apparaît dans le dictionnaire) pour définir ce qu'était une eau minérale naturelle ou bien pour savoir si une substance minérale volcanique était une denrée alimentaire nouvelle (17).

On s'aperçoit que la question de l'interprétation ouvre celle de savoir si le *champ d'application du texte* doit être plus ou moins large, si l'interprétation doit être étroite, stricte ou restrictive. À partir de l'analyse de l'application de la catégorie d'atteinte à la vie d'autrui, Gérard Cornu a montré que le refus de qualifier la mort du fœtus d'homicide volontaire reposait sur le choix de l'interprétation la plus étroite du texte (restrictive) et non sur le sens strict qui fait référence à la vie (18). Il a encore, dans des pages célèbres, montré que l'interprétation stricte des exceptions n'appelle pas forcément le choix du sens le plus étroit mais celui qui correspond à la *ratio legis* du texte (19).

7. A contrario littéral - Une interprétation qui s'en tient à la lettre de la loi repose en définitive sur un *a contrario* littéral. Celui-ci signifie que tout ce qui ne peut être justifié par une interprétation de la lettre doit être exclu du champ du texte. Par exemple, si la résiliation à tout moment n'appartient qu'aux contrats à durée indéterminée (20), elle ne s'applique pas *a contrario* aux contrats à durée déterminée. Autre exemple : si la solidarité entre époux est limitée aux dettes ménagères ou qui ont pour objet l'éducation des enfants, elle ne s'applique pas *a contrario* à d'autres cas. C'est là l'interprétation stricte découlant de la lettre du texte. La question de savoir ce qu'il faut inclure dans les dettes ménagères et l'éducation des enfants relève alors au sens propre d'une question d'interprétation.

8. Forme littérale - Il existe une dernière famille d'arguments qui concourent à l'interprétation des textes : ceux qui exigent un respect de la forme littérale elle-même. Il s'agit respectivement de l'adage « Là où la loi ne distingue pas,

nous ne devons pas distinguer » et de l'effet utile. Ce sont deux arguments visant à respecter l'intégrité de la lettre : il ne faut pas ajouter à la loi une condition qu'elle ne comporte pas (21) et il ne faut pas rendre sans effet un texte en l'interprétant de sorte qu'il répéterait un autre texte.

Par exemple, selon l'article 1538 du code civil, la preuve contraire des présomptions de propriété énoncées au contrat de mariage est de droit et se fait par tous les moyens propres à établir que les biens n'appartiennent pas à l'époux que la présomption désigne. Selon la Cour de cassation, ce texte ne distingue pas entre la propriété privative et la propriété indivise ayant pu exister entre les époux (22). Il n'y a donc pas lieu de limiter son application à la seule propriété privative.

De même, l'argument a encore permis à la Cour de cassation de juger que la chasse à tir est expressément autorisée par le code rural qui ne distingue pas selon qu'elle est effectuée par une arme à feu ou à flèche. De cette façon, elle a validé les associations qui avaient un tel objet (23).

L'autre argument qui exige un respect de la forme littérale est l'effet utile, déjà connu pour l'interprétation des clauses contractuelles (24). Cet argument a été le lieu d'une controverse célèbre au XIX^e siècle sur la conciliation des articles 692 et 694 du code civil relatifs aux servitudes par destination du père de famille (25). Le premier article exigeait que la servitude soit continue et apparente quand le second ne mentionnait que le caractère apparent. Il ne fallait donc pas éliminer un article au profit de l'autre. La jurisprudence actuelle a dû prendre parti sur la base d'un tel raisonnement (26).

Dans cette perspective, aucun texte ne doit littéralement rester lettre morte. Un auteur a ainsi particulièrement insisté sur le fait que les transactions règlent aussi les différends compris « par une suite naturelle de ce qui est exprimé » au sens de l'article 2049 (27), montrant par-là que cette portion du texte ne doit pas rester sans effet.

Pour résumer, le problème de l'interprétation consiste à lever un doute sur le champ d'application d'un texte *soit* en réduisant son indétermination par une définition ou des précédents, *soit* en lui attribuant un sens supposé clair, soit en respectant sa forme littérale. Ce type d'argument est directement lié au problème de l'incertitude de la lettre.

II - Harmoniser

9. Harmoniser - En partant de l'idée que les énoncés juridiques doivent être cohérents (selon le principe de non-contradiction), il s'agira de les coordonner *soit* en distinguant leur champ d'application (casuistique au sens propre), *soit* en accordant une priorité à l'un d'eux (exceptions, droit spécial, fictions). Il faut les harmoniser afin de supprimer les contradictions pouvant résulter de l'application de solutions incompatibles.

10. Harmonie par distinction - Distinguer consiste à exprimer une différence. Cette opération est la base même de la règle formelle de justice selon laquelle les cas différents doivent être traités de façon différente (28). Ainsi, lorsque deux textes peuvent potentiellement régir le même cas (en raison de leur généralité ou de leur imprécision), l'harmonie pourra être rétablie en distinguant les cas qui relèvent du premier texte et ceux qui relèvent du second.

Cette distinction pourra être en outre alimentée par l'effet utile (29).

Toutefois, elle peut aussi exister sans lui. Par exemple, une personne sous curatelle peut faire un testament sans l'assistance de son curateur (30). En revanche, le curatelaire ne peut désigner le bénéficiaire d'une assurance-vie sans le recours au curateur (31). La difficulté apparaît lorsque la personne sous curatelle désigne le bénéficiaire d'une assurance-vie par testament : quel texte appliquer ? Les juges ont fait prévaloir les dispositions spéciales relatives à l'assurance-vie (32). La distinction entre assurance-vie et testament permet de lever l'incompatibilité des textes.

11. Exception littérale - L'exception littérale est une dérogation prévue par un texte. Au lieu d'appliquer la règle principale, c'est l'exception qui va prévaloir dans les cas qu'elle détermine. Il s'agit ainsi d'une consigne

d'harmonisation que les textes fournissent eux-mêmes.

Ainsi, l'article 1141 du code civil introduit explicitement une exception pour l'appréciation de la violence résultant de l'exercice d'une voie de droit ; l'article 280-1 relatif à la prestation compensatoire laisse aux héritiers le choix de maintenir ses modalités de règlement.

En revenant à la question de l'interprétation, ces exceptions doivent être interprétées strictement pour servir un problème de conciliation des textes. Toute ce que l'exception ne comprend pas relève du texte principal : c'est en ce sens que l'exception confirme la règle pour les cas non exceptés (33).

12. Droit spécial - Le droit spécial est, comme l'exception, dérogatoire. La différence réside dans le fait qu'il articule des définitions et non des séries de cas.

Cette dialectique du droit commun et spécial est parfaitement connue : il suffit de songer aux contrats spéciaux, à la loi du 5 juillet 1985 sur les accidents de la circulation ou à celle du 6 juillet 1989 sur les baux à usage d'habitation. Ces dispositions s'appliquent en priorité et tout ce qu'elles ne règlent pas se trouve régi par le droit commun.

Il s'agit d'une articulation des champs d'application des textes qui résultent des définitions. La fonction du droit spécial est donc bien de trouver une harmonie entre deux textes.

Un exemple récent est fourni par un arrêt à propos des clauses abusives. Il a affirmé la primauté du texte spécial issu du code de commerce et une application résiduelle du droit commun contenu dans le code civil (34), tranchant ainsi une controverse consécutive à la réforme du droit des obligations issue de l'ordonnance de 2016 (35).

13. Fictions - Une fiction peut être définie comme un procédé de technique juridique visant à altérer soit les conditions d'appartenance à une catégorie juridique soit ses effets (36). Par exemple, les immeubles par destination sont des meubles soumis au régime juridique des immeubles (37). Le point intéressant des fictions pour notre question est qu'elles articulent deux séries de cas comme le ferait le couple « principe-exception ». Il s'agit donc d'harmonisation.

Toutefois, il ne s'agit pas seulement de cela, car la fiction repose sur la négation du vrai (38) en considérant par exemple mort celui qui est vivant, en supprimant rétroactivement les effets d'un acte qui en a pourtant produit et ainsi de suite.

Il reste que la fonction technique principale de la fiction consiste à harmoniser des cas en déclarant de façon arbitraire que certains sont soumis à un régime que leur qualification normale n'appelait pas. En somme, la fiction est fonctionnellement la même chose qu'une exception (39) sans possibilité d'en rendre raison par des critères objectifs.

14. Droit transitoire - Lorsque deux textes sont applicables à une même situation de fait parce qu'ils se sont succédé dans le temps, il faut choisir l'un des deux. Le droit transitoire tente de résoudre ce type de conflit *soit* par la logique, c'est-à-dire en distinguant l'antérieur du postérieur, *soit* par la fiction de la rétroactivité.

Ce mélange entre les critères logiques et fictionnels explique en grande partie la confusion jurisprudentielle contemporaine autour de cette question (40). En effet, la question politique joue un grand rôle dans la promotion de la loi nouvelle comme la mention de l'ordre public dans les motivations en atteste. Il reste que le droit transitoire appartient bien au problème plus général de l'harmonisation des textes.

15. Hiérarchie des textes - La hiérarchie est un critère qui élimine une contradiction entre deux textes : celui du degré supérieur doit primer celui du degré inférieur (*lex superior derogat legi inferiori*). Pour cette raison, l'argument de la hiérarchie peut être vu comme une exception verticale au sens où le texte supérieur permet de déroger au texte inférieur. La hiérarchie est par définition ce qui supprime le conflit entre deux textes ayant vocation à s'appliquer à une même situation de fait.

Nous parlons ici délibérément de « textes » et non de « normes » pour marquer la différence avec la hiérarchie des normes issue de la théorisation d'Hans Kelsen et qui vise à fonder le droit sur une théorie propre.

La primauté des textes ayant une source supérieure est devenue un problème classique avec les arrêts *Nicolo* du Conseil d'État en 1989 (41), *Costa c/ Enel* de la Cour de justice de l'Union européenne en 1964 (42) ou *Fraisie* de la Cour de cassation en 2000 (43).

Pour notre démonstration, le point important est qu'il s'agit toujours du même type de problème : harmoniser des textes ayant vocation à régir un même cas et dont les solutions sont souvent différentes, voire contradictoires.

16. Droit international privé - Le droit international privé suppose l'existence d'un élément d'extranéité ouvrant un choix entre deux corps de règles.

Il ne s'agit pas ici de revenir sur les détails techniques de cette matière, mais de faire remarquer que cette harmonisation ne repose pas sur une idée de hiérarchie. En effet, ce n'est pas parce que le droit français est supérieur au droit japonais que celui-ci s'appliquerait mais parce qu'il existe des règles qui le désignent comme étant prioritairement applicable. L'harmonisation se réalise en opérant un choix entre deux, voire trois corps de règles juridiques potentiellement applicables.

Au-delà de cet aspect propre au droit international privé, on soulignera que les autres arguments qu'il utilise demeurent parfaitement classiques. Au lieu de qualifier des faits, le droit international privé est conduit à qualifier des définitions juridiques en les rapportant à des catégories de rattachement pour déterminer leur potentielle application. Bref, ce qu'on appelle les règles de conflit ont pour finalité de désigner le droit applicable et choisir entre des règles surabondantes pour régir un même cas.

III - Compléter

17. Lacunes - le problème des lacunes est absolument général : il concerne tous les systèmes juridiques dans le temps et l'espace (44). Il désigne l'hypothèse inverse de l'harmonisation : le cas à traiter n'est pas explicitement prévu par un texte. Les textes ne sont plus surabondants, mais manquants.

L'implicite permet ainsi de combler les lacunes des textes en traitant les lacunes comme étant purement formelles et apparentes. Les lacunes sont alors considérées comme des cas inédits pouvant être ramenés à ce qui a déjà été dit (45). On retrouve ici une autre fonction de l'argumentation juridique : compléter la lettre des textes.

Tous les arguments qui permettent d'étendre la lettre des textes permettent de résoudre le problème des lacunes. Il s'agit des cas bien connus de l'analogie, de *l'a fortiori* et de l'induction. *L'a contrario* en fait également partie lorsqu'il est inférentiel. La nature juridique propose enfin de monter en généralité pour résoudre la difficulté.

18. Analogie - Trois éléments sont nécessaires pour caractériser une analogie : un cas inédit, une extension d'un texte à ce cas et enfin un point commun entre le cas inédit et le cas de référence, point qui peut être confirmé ou réfuté par la raison d'être (« comparaison n'est pas raison »).

La loi fait expressément référence à ce type de raisonnement. Aussi, les règles de droit des contrats peuvent être étendues « en tant que de raison » aux actes unilatéraux (46) et la société en participation est régie de la même façon par les dispositions applicables aux sociétés civiles ou commerciales (47).

Les catégories du « quasi » (quasi-contrat, quasi-usufruit, etc.) ou de l'assimilation (« est assimilé à ») peuvent pareillement être vues comme des formes d'extension organisées par la loi.

Il existe un débat complexe sur les formes de l'analogie (48) : s'agit-il d'un simple raisonnement fondé sur la ressemblance ou bien sur un rapport de proportion du type A est à B ce que C est à D ? Cette seconde forme est toutefois quasiment absente en droit (49). En toute hypothèse, l'analogie demeure le modèle même du raisonnement extensif.

19. À plus forte raison - L'argument *a fortiori* consiste à étendre un texte à un cas lorsque la raison d'être dépasse les attentes du texte. En ce sens, il s'agit d'une analogie fondée sur la raison d'être lorsque celle-ci est plus forte que la raison initiale qui sous-tend le texte (50). L'argument permet ainsi de compléter la lettre.

Par exemple, l'article 184 du code civil prévoit que le ministère public peut demander la nullité du mariage : à plus forte raison il peut seulement agir en opposition (51), car cette action produit des effets moindres que la nullité. L'effet de l'opposition est déjà logiquement inclus dans celui de la nullité.

Toujours selon la Cour de cassation, en prescrivant qu'aucun paiement ne peut être exigé ni accepté avant la date à laquelle la créance est exigible, la loi prohibe non seulement les demandes de paiement prématurées, mais aussi à plus forte raison celles de sommes qui n'étant pas dues ne peuvent donc devenir exigibles (52).

L'argument *a fortiori* apparaît à cet égard comme une analogie dont la raison d'être est particulièrement soutenue, ce qui rend plus difficile sa réfutation, à moins de contester l'échelle de valeurs sous-jacentes aux textes (53).

20. Induction - L'induction s'oppose de façon classique à la déduction (54). L'induction consiste à inférer une règle générale à partir de cas particuliers tandis que la déduction consiste à tirer les conséquences d'une règle générale pour des cas particuliers : c'est la figure du syllogisme.

L'induction se rencontre assez rarement dans l'argumentation juridique, car elle consiste à faire admettre une prémisse jusqu'alors inexistante. Un exemple typique de cette façon de raisonner peut être pris dans la création jurisprudentielle de l'action de *in rem verso* (55). C'est à partir de la généralisation de deux quasi-contrats déjà existants (gestion d'affaires et répétition de l'indu) que la Cour de cassation a créé cette nouvelle catégorie désormais consacrée par la loi (56).

La généralisation est encore une forme d'analogie mais dont la portée créatrice dépasse largement l'assimilation aux cas précédemment admis.

21. A contrario inférentiel - L'argument *a contrario* peut être inférentiel, c'est-à-dire qu'il admet une nouvelle proposition en sus de celle du texte. L'argument *a contrario* se définit alors comme une opposition dans les hypothèses pour conclure une opposition dans les conséquences (57).

À cet égard, le raisonnement par *a contrario* inférentiel est l'analogue du principe « différence de nature (égale) différence de régime » (58) qui régit l'articulation des définitions.

Un exemple caractéristique peut être tiré de l'article 6 du code civil : « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». L'argument *a contrario* devient : si la loi n'intéresse pas l'ordre public, alors on peut y déroger par des conventions particulières. En réalité, si la loi n'intéresse pas l'ordre public, on sera en présence d'une disposition supplétive de volonté et la liberté des conventions reprend son empire.

L'*a contrario* inférentiel repose sur l'idée de symétrie des raisons : la règle consacrée justifie la règle inverse pour les cas opposés. Il s'agit donc bel et bien d'un raisonnement extensif visant à traiter des cas non prévus formellement par le texte.

22. Nature juridique - Lorsqu'il s'agit d'explicitier une généralité sous-jacente, la nature juridique correspond au genre

dans lequel s'insère une catégorie dont elle est une espèce. C'est exactement la méthode de définition préconisée par Aristote (59).

Ainsi, selon le schéma aristotélicien, le contrat se définit comme une manifestation de volonté (genre) qui, à la différence des actes unilatéraux (différence spécifique), nécessite un accord des volontés.

La nature juridique va permettre de déterminer un régime juridique qui n'est pas explicitement prévu par la loi. Elle a donc bien une fonction complétive.

Par exemple, il s'agira de déterminer la nature juridique de la somme versée par un employeur à son salarié pris en otage par un groupe terroriste (60). Il peut encore s'agir de décider que la clause de substitution n'est pas, en raison de sa nature, soumise au régime de la cession de créance mais au droit commun du contrat (61). Ces clauses ne sont pas qualifiées par la loi : c'est la recherche de leur nature juridique qui décide de l'application du régime correspondant.

23. Classifications et théories - En généralisant le propos, les classifications juridiques ont pour objectif de traiter de façon exhaustive les cas qui peuvent se présenter. Elles sont donc censées être complètes sauf si l'usage combiné des critères fait précisément apparaître des cas inclassables. En cette hypothèse, c'est le droit commun qui aura vocation à s'appliquer.

Ce fut par exemple le cas pour la responsabilité des constructeurs lorsque celle-ci n'était ni décennale, ni biennale, ni ne relevait de la garantie de parfait achèvement (62). C'est encore le cas chaque fois que les juges font face au *sui generis*, autrement dit à des cas inclassables comme les contrats innommés bien sûr (63), mais encore dans d'autres hypothèses limites comme le contrat de vœux religieux qui ne peut être qualifié de contrat de travail (64).

Le degré de généralité le plus élevé est atteint avec la théorie : elle structure un champ entier du savoir. La théorie du patrimoine d'Aubry et Rau est si vaste et large qu'elle a longtemps oblitéré la réflexion sur les masses de biens sans personnalité juridique qui se sont récemment multipliées avec la fiducie, l'entreprise individuelle ou l'entreprise individuelle à responsabilité limitée (65).

Tout l'enjeu est de pouvoir penser un régime juridique distinct de celui que commande la théorie dominante. Il s'agira donc d'abord de montrer qu'elle ne régit pas de façon spécifique l'hypothèse à traiter. C'est aussi une application de l'idée qu'une différence de nature emporte une différence de régime pour combler les lacunes formelles des textes.

Portées à leur sommet, classifications et théories sont des systématisations, c'est-à-dire la découverte de liens cohérents et structurés entre les catégories. À ce titre, la systématisation théorique cristallise la double fonction d'harmonisation (en raison de la cohérence) et de complétude (en raison de la montée en généralité).

IV - Déroger

24. Exception implicite - Lorsque les ressources de la lettre ont été exploitées pour interpréter, harmoniser ou compléter, la solution dégagée peut apparaître comme inopportune. Elle sera considérée comme insatisfaisante du point de vue de la justice du cas particulier. Il faudra alors considérer la possibilité de déroger à la lettre par une exception non formellement prévue. Il s'agit là de l'antique fonction du droit naturel qui s'illustre dans tous les arguments ayant un tel effet.

La liste est assez longue et l'on peut citer : la volonté du législateur au sens large ; les conséquences sociales ou économiques de la solution, voire ses conséquences éthiques qui se traduisent par les principes ; l'équité ou la proportionnalité fondée sur les droits fondamentaux. À l'extrême limite, c'est un argument fondé sur l'essence des choses qui sera invoqué avec la recherche d'une justice universelle dans l'espace (droit comparé), dans le temps (tradition) ou hors de l'espace et du temps (ontologie).

Tous ces arguments ont pour fonction de faire prévaloir l'esprit des textes, compris comme des finalités éthico-politiques, sur la lettre des textes, voire de faire prévaloir une essence des choses que les textes ne prennent pas en compte.

25. Volonté du législateur - La volonté du législateur peut prendre différentes formes : historique, elle sera recherchée dans les travaux préparatoires (66) ; fonctionnelle, elle sera identifiée au but du texte (téléologie) ; reconstruite, elle sera ramenée au refus des conséquences absurdes.

Quelle que soit sa forme, la volonté du législateur permet d'apporter une dérogation. La recherche de l'intention historique apparaît comme le fait de justifier un choix par les débats parlementaires. À bien y réfléchir, il s'agit alors de ne pas s'en tenir à la lettre du texte au profit d'une autre lettre, celle des documents ou débats (67).

Il en va de même pour l'interprétation téléologique. L'esprit permet d'étendre le texte au point d'aller au-delà de ce qu'il permet. Par exemple, l'interdiction de disposer du logement de la famille sans le consentement de l'autre époux a été étendue à la résiliation de l'assurance d'habitation (68) alors même que le texte ne vise que les actes de disposition du bien. Toutefois, cette interprétation accomplit l'objectif de protection et de préservation du bien.

Plus rarement, la téléologie opère une réduction du champ d'application de la lettre du texte. C'est ainsi que l'avocat général Michael Bobek a soutenu, lors d'une question préjudicielle devant la CJUE que la vente de fleurs de Bach (une boisson nutritionnelle) à 27 % de degré d'alcool échappait à l'interdiction prévue par le règlement concernant les allégations de bénéfices pour la santé de boissons dont le degré alcoolique était supérieur à 1,2 % (69). Ce pourcentage explicitement prévu devrait alors être écarté par la prise en compte de la finalité proprement nutritionnelle de la boisson : il y avait alors une possibilité de déroger à la lettre (70).

Encore, les conséquences absurdes de certaines interprétations littérales sont rectifiées par l'idée d'un législateur idéal ou rationnel. Un exemple a été fourni par la Cour de cassation qui a décidé que le scrutin pour élire le bâtonnier ne devait pas être binominal même si la loi disait que cette élection devait se faire « *dans les mêmes conditions* » que celle du Conseil de l'ordre pour laquelle le scrutin binominal était prévu (71). Admettre le contraire aurait été considérer qu'il fallait élire deux bâtonniers et non un seul.

La dérogation à la lettre est encore plus manifeste lorsque les juges procèdent à une interprétation évolutive qui adapte le texte aux circonstances de son époque, au mépris de sa lettre. L'exemple de la création d'une responsabilité générale du fait des choses par l'arrêt *Jand'heur* en 1930 est tellement connu qu'il n'est pas besoin de le développer (72) en détail.

Tous ces exemples montrent la fonction dérogoire de la volonté du législateur, quelle que soit sa forme.

26. Conséquences socio-économiques - L'argumentation socio-économique consiste à introduire une exception aux catégories jurisprudentielles et légales et, de façon générale, aux sources formelles du droit.

Les conséquences sociologiques ou économiques peuvent annuler le droit strict. C'est ici une affirmation de la prépondérance des considérations politiques et de l'opportunité sur la lettre des textes. Cet aspect est surtout présent pour les affaires jugées par les formations les plus solennelles et donc ayant un « fort potentiel jurisprudentiel » (73).

Dans l'ordre économique, cette question a été au cœur de l'arrêt *Canal de Craponne* de 1876 sur le refus de l'imprévision (74). Plus récemment, les conséquences économiques ont visiblement inspiré la reconnaissance de la caducité de contrats économiquement interdépendants (75).

Dans l'ordre social, le fait que les enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui (interdite en France) soient privés d'état civil, ce qui rendrait leur vie difficile, est un argument explicitement invoqué comme une atteinte au respect de la vie privée de l'enfant (76). C'est encore l'argument de la souffrance qui est aujourd'hui utilisé pour justifier par exemple

la mention du sexe neutre à l'état civil (77).

Ce qui retient l'attention dans ces formes d'argumentation est que les catégories consacrées par la loi doivent céder devant la réalité de certains faits. Ils apportent ainsi une exception à la lettre des textes dans l'objectif de consacrer une solution considérée comme plus juste et opportune pour les cas considérés.

27. Principes - Les principes répondent à une fonction analogue. Leur usage a été rendu très célèbre en théorie du droit par l'exemple que prend Ronald Dworkin d'une décision du Tribunal de New York qui refuse de faire produire effet à un testament valable lorsque le bénéficiaire a assassiné le testateur (78). En effet, selon le tribunal « nul ne peut invoquer sa propre turpitude ».

Les principes ne sont pas autre chose que l'introduction d'une nouvelle règle, non consacrée par les textes et considérée comme préférable car meilleure.

Par exemple, la fraude (79), l'adage *infans conceptus* (80), l'idée que les exceptions en défense sont perpétuelles sont autant de principes qui apportent des dérogations à la lettre des textes (81). Ce rôle des principes est connu et n'appelle pas de plus longs développements.

28. Équité - L'équité est également connue pour son rôle subversif. Elle vise à opérer une correction de la justice légale. L'exemple historique et paradigmatique de cette forme d'équité est celui du « bon juge Magnaud » à la fin du XIX^e siècle qui avait relaxé une femme très jeune (16 ans) qui avait volé du pain pour nourrir son enfant malade (82). Son jugement a été censuré car, dans les concepts du droit pénal, l'intention délictueuse se distingue des mobiles.

Cette pensée de l'équitable repose sur l'idée que tous les cas présentent des singularités. Pourtant, cette forme de l'équité ne peut être généralisée sans tomber dans une casuistique du cas par cas (83) car il n'y a jamais dans les faits deux cas strictement semblables. Aussi, les solutions devraient toujours être différentes.

Si les juges français n'usent pas *expressis verbis* de cet argument, il est sous-jacent dans l'usage qui est fait des droits fondamentaux et plus spécialement du contrôle de proportionnalité.

29. Proportionnalité - La proportionnalité tend à devenir la nouvelle figure de l'équité en introduisant des exceptions *in specie* et non *in casu* (84). En d'autres termes, chaque situation devrait avoir une solution ajustée, non réitérable pour des circonstances semblables. C'est exactement de cette façon que la Cour de cassation a raisonné pour valider le mariage entre alliés dans une affaire qu'une nouvelle fois, il n'est pas besoin de présenter dans le détail (85).

Pour notre propos, on se contentera de souligner combien cette façon de raisonner paraît n'être que la résurrection des méthodes du bon juge Magnaud. Elle conduit à juger *contra legem*, c'est-à-dire contre la lettre claire d'un texte. À n'en pas douter, il s'agit ici d'un raisonnement éthique considérant que la Convention européenne des droits de l'homme a consacré une forme d'exception généralisée, implicite et permanente, pour amender la lettre des textes qui laisse le sens de la justice insatisfait.

30. Droit comparé - L'argument du droit comparé a été analysé de façon approfondie en droit administratif (86). Il n'y a pas de raisons majeures de penser que son fonctionnement est différent en droit civil. Son rôle reste le même : convaincre que les législations étrangères peuvent offrir des solutions préférables à celles que nous consacrons. *L'estoppel* en est un exemple central et caractéristique en consacrant une fin de non-recevoir que les textes n'ont pas prévue, mais qui est typiquement présente en *common law* et en droit international de l'arbitrage (87).

La finalité est toujours la même : améliorer le droit existant, autrement dit raisonner de *lege ferenda* et non plus de *lege lata*.

31. Tradition - De façon contre-intuitive, la tradition peut jouer le même rôle. Elle consiste à affirmer la permanence de certaines catégories bien que celles-ci ne soient pas consacrées par les textes. Ainsi, le don manuel échappe traditionnellement à l'exigence d'acte authentique pour les donations (88) alors que la loi ne distingue pas. Pareillement, les souvenirs de famille échappent à la dévolution successorale classique (89).

Si de façon large, le droit baigne dans les traditions (90) qui ont une fonction d'élimination ou d'harmonisation (91), on voit que l'argument peut se concrétiser dans des catégories spécifiques qui ont bien une fonction dérogoire au regard de la lettre des textes.

32. Ontologie - L'ontologie, en tant que théorie de l'être, est sans doute l'ultime argument avancé au soutien d'une justice perçue comme supérieure ou meilleure. Si le droit consiste essentiellement à traiter les cas semblables de façon identique (92), alors toute la question est celle de savoir à partir de quel moment deux cas peuvent être dits semblables.

Philosophiquement parlant, c'est une question ontologique sur laquelle même le législateur peut se tromper. On renoue ici avec le double sens du terme « jurisprudence » en langue anglaise qui renvoie autant aux décisions de justice qu'à la philosophie du droit.

Les exemples de décalages entre l'ontologie juridique en vigueur et d'autres formes d'ontologie sont parfois classiques : juridiquement, le contrat est un accord de volontés, économiquement, c'est une opération. L'embryon fait également partie des cas classiques de réflexion. L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe a été l'occasion de rafraîchir la question tout aussi classique de savoir si le mariage était un contrat ou une institution et, plus fondamentalement, si l'idée même de couple pouvait comprendre celle de l'identité de sexe des partenaires.

Cette façon de penser a bien sûr des liens avec la philosophie sous-jacente qui est retenue ; elle ne se réduit pas à un choix entre le positivisme ou le jusnaturalisme. L'attention portée aux faits sociologiques, économiques, politiques et à certaines valeurs peut incliner à reconnaître la propriété d'une habitation précaire sur une décharge (93), la dignité des cadavres (94) ou le préjudice d'un enfant né handicapé (95). Dans toutes ces hypothèses, les catégories juridiques positives passent au second plan dans l'analyse pour se concentrer sur le problème ontologique : peut-on être propriétaire d'un bien *ontologiquement* précaire ? Peut-on considérer le cadavre comme *ontologiquement* humain ? Peut-on considérer que l'existence puisse être *ontologiquement* un préjudice ?

Cette recherche de l'ontologie la plus pertinente n'est pas autre chose que la recherche de la solution la plus juste en soi, indépendamment du droit positif en vigueur. Nous sommes ici au cœur même du raisonnement dérogoire à la lettre des textes.

* * *

33. Synthèse conclusive - L'objet de notre propos était de montrer qu'un certain type de problème (interpréter, harmoniser, compléter, déroger) appelait l'usage d'un certain type d'argument. L'inverse est sans doute également vrai : l'usage d'un certain type d'argument révèle le type de problème que l'on souhaite traiter.

Bien entendu, il y aurait beaucoup à dire sur la définition de chaque argument, sur l'intérêt de recouper certaines catégories, sur la façon de tracer des frontières. Parfois, les questions de l'interprétation et de l'harmonisation se chevauchent et se succèdent ; pareillement pour celles de la complétude et de la dérogoire et ainsi de suite. Les frontières ne sont pas nécessairement nettes.

Toutefois, l'intérêt de cette présentation est ailleurs. Il s'agissait de montrer que les juristes ne font face qu'à un nombre limité de problèmes en dépit de l'infinie variété des questions de droit. À ce titre, la typologie des problèmes juridiques a des prolongements évidents en termes de formation et d'enseignement, voire peut-être de vulgarisation du droit. Encore, l'intérêt de cette typologie est de réfléchir à la relation entre problème et argumentation en orientant rapidement le choix des topiques adéquates selon le problème en cause. Les juristes le font sans doute intuitivement. Il

reste qu'il ne serait pas superflu de savoir si consciemment, ils sont d'accord, non pas sur la solution à apporter, mais sur le type de problème à traiter. L'accord sur le problème ouvre le désaccord sur les solutions tandis que le désaccord sur le problème pourrait conduire à un dialogue de sourds (96) et à des arguments qui ne se répondent qu'en façade. La stratégie de l'avocat, la délibération des juges, la réflexion du notaire ou de l'huissier semblent ainsi devoir être guidées par cette conscience du type de problème à résoudre. C'est ainsi qu'ils pourront dégager le type de ressources argumentatives à mobiliser.

Tableau récapitulatif

Typologie des problèmes juridiques et de leur mode de résolution **Voir tableau**

(1) L'auteur voudrait remercier Nicolas Cayrol pour la discussion très éclairante qu'il a eue avec lui à ce sujet. Le présent article en représente le prolongement développé et argumenté.

(2) C. Atias, *Questions et réponses en droit*, PUF, coll. « L'interrogation philosophique », 2009.

(3) R. A. Wasserstorm, *The Judicial Decision. Toward a Theory of Legal Justification*, Stanford University Press, 1961 ; E. H. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning*, University of Chicago Press, 1962 ; W. Zelermyer, *The Process of Legal Reasoning*, New York, Prentice-Hall Inc., 1963 ; J. Stone, *Reasons and Reasoning in Judicial and Juristic Argument*, in *Legal systems and Lawyer's reasoning*, Stanford University Press, 1968, p. 301-337 ; R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Francfort/Main, Suhrkamp, 1983 ; E. T. Feteris *Fundamentals of Legal Argumentation. A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1999 ; S. Hanson, *Legal Method & Reasoning*, Cavendish Publishing, 2^e éd., 2003 ; M. Atienza, *Las Razones del Derecho. Teorias de La Argumentacion Juridica*, Universidad Nacional Autonomia de Mexico, 2005 ; N. Mac Cormick, *Raisonnement juridique et théorie du droit*, PUF, coll. « Les voies du droit », 1996 ; N. Mac Cormick, *Rhetoric and The Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*, Oxford University Press, 2009 ; F. Schauer, *Penser en juriste*, Dalloz, coll. « Rivages du droit », 2018, trad. de *Thinking like a lawyer*, Harvard University Press, 2009 ; K. J. Vandavelde, *Thinking like a lawyer. An introduction to legal reasoning*, Westview Press, 2^e éd., 2011.

(4) C. Plantin, *Question > Argumentations > Réponses*, in C. Kerbrat-Orecchioni (dir.), *La question*, Lyon, PUL, 1991, p. 63 ; M. Meyer, *Principia Rhetorica. Une théorie générale de l'argumentation*, Fayard, coll. « Ouvertures », 2008, p. 20-23.

(5) En s'inspirant de G. Ryle (*The concept of mind*, [1949], London & New York, Routledge, 2009, p. 8 s.) pour qui l'erreur de catégorie consiste en philosophie à ranger un terme ou une notion dans une catégorie qui ne lui convient pas.

(6) M. Cumyn et F. Gosselin, *Les catégories juridiques et la qualification : une approche cognitive*, *Revue de droit de McGill*, 2016, 62-2, p. 335 et p. 338.

(7) À la différence de la France, la distinction des cas faciles et difficiles est en effet classique en *common law* (par ex., R. Dworkin, *Hard Cases*, *Harvard Law Review*, 1975, vol. 88, p. 1057 s. ; F. Schauer, *Easy Cases*, *Southern California*

Law Review, vol. 58, Issues 1 & 2, 1985, p. 399 s.).

(8) H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Bruylant, LGDJ, 1999, p. 339-340.

(9) H. Hart, *Le concept de droit*, Bruxelles, Faculté universitaire de Saint-Louis, 2^e éd., 2005, p. 142.

(10) F. Haid, *Les notions indéterminées dans la loi*, thèse dactyl. Aix-en-Provence, 2005, p. 33 s.

(11) Civ. 2^e, 2 avr. 1997, n° 95-13.303 ; Civ. 2^e, 18 mars 1998, n° 96-13.726 ; Civ. 2^e, 18 mai 2000, n° 98-10.190, RTD civ. 2000. 853, obs. P. Jourdain.

(12) Cass., ass. plén., 10 juin 1977, D. 1977. 465, note C. Larroumet ; JCP 1977. II. 18730, concl. Gulphe ; Cass., ass. plén., 17 juin 1983, JCP 1983. II. 20120, concl. Sadon, note F. Chabas ; RTD civ. 1983. 749, obs. G. Durry ; Cass., ass. plén., 17 nov. 1985, D. 1986. 81, note J.-L. Aubert ; JCP 1986. II. 20568, note G. Viney ; RTD civ. 1986. 128, obs. J. Huet ; Cass., ass. plén., 19 mai 1988, Gaz. Pal. 1988. 2. 640, concl. Dorwling-Carter ; RTD civ. 1989. 89, obs. P. Jourdain.

(13) Cass., ass. plén., 14 avr. 2006, n° 02-11.168, D. 2006. 1577, obs. I. Gallmeister, note P. Jourdain ; *ibid.* 1566, chron. D. Noguéro ; *ibid.* 1929, obs. P. Brun et P. Jourdain ; *ibid.* 2638, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; RTD civ. 2006. 775, obs. P. Jourdain ; RTD com. 2006. 904, obs. B. Bouloc.

(14) C. civ., art. 242.

(15) F. Haid, L'apparente simplicité de l'argument littéral, in *Mélanges Jean-Louis Bergel*, Bruylant, 2013, p. 273.

(16) CJCE 6 oct. 1982, aff. C-283/81, *CILFIT*.

(17) CJUE 24 juin 2015, aff. C-207/14, *Hotel Sava Rogaška*, point 25 ; CJUE 9 nov. 2016, aff. C-448/14, *Davitas GmbH*, point 26.

(18) G. Cornu, *Droit civil. Introduction au droit*, Montchrestien, 13^e éd., 2007, p. 217.

(19) G. Cornu, *L'apport des réformes récentes du code civil à la théorie du droit civil*, Cours DES, 1970-71, p. 216.

(20) C. civ., art. 1211.

(21) C. Atias, La condition ajoutée à la loi par le juge, D. 2009. 2654 s.

(22) Civ. 1^{re}, 19 juill. 1988, n° 86-10.348.

(23) Civ. 1^{re}, 19 nov. 1991, n° 89-13.469, RSC 1993. 343, obs. J.-H. Robert ; Civ. 1^{re}, 16 déc. 1992, n° 91-15.699, *Association des chasseurs à l'arc région Aquitaine c/ Ligue française des droits de l'animal*, D. 1993. 8 ; RSC 1993. 343, obs. J.-H. Robert; Civ. 1^{re}, 25 juill. 1996, n° 94-14.896.

(24) C. civ., art. 1191.

(25) F. Terré et P. Simler, *Les biens*, Précis Dalloz, 10^e éd., 2018, n° 904 ; C. Atias, *Les biens*, Litec, 12^e éd., 2014, n° 553.

(26) Civ. 3^e, 24 nov. 2004, n° 03-16.366, *Pic c/ Raffin*, AJDI 2005. 156 ; RDI 2005. 209, obs. J.-L. Bergel.

(27) P.-Y. Gautier, L'interpolation de Domat (suite) : la chambre sociale refuse de percer l'énigme de l'article 2049 du code civil, RTD civ. 2000. 139 ; Domat toujours tenu en échec : l'interprétation de la transaction au regard de sa « suite nécessaire », RTD civ. 2012. 335.

(28) F. Rouvière, Le fondement du savoir juridique, RTD civ. 2016. 279.

(29) Par ex., à propos de la conciliation des articles 815-17 et 878 du code civil sur le droit de poursuite des créanciers, F. Rouvière, L'obligation comme garantie, RTD civ. 2011. 1.

(30) C. civ., art. 470.

(31) C. assur., art. L. 132-4-1, al. 1.

(32) Civ. 2^e, 8 juin 2017, n° 15-12.544, D. 2017. 1819, note N. Peterka ; *ibid.* 1490, obs. J.-J. Lemouland et D. Noguéro ; *ibid.* 2018. 1279, obs. M. Bacache, L. Grynbaum, D. Noguéro et P. Pierre ; AJ fam. 2017. 550, obs. V. Montourcy ; RTD civ. 2017. 615, obs. J. Hauser.

(33) S. Goltzberg, *100 principes juridiques*, PUF, 2018, p. 86.

(34) Com. 26 janv. 2022, n° 20-16.782, D. 2022. 539, note S. Tisseyre ; *ibid.* 725, obs. N. Ferrier ; *ibid.* 1419, chron. S. Barbot, C. Bellino, C. de Cabarrus et S. Kass-Danno ; RTD civ. 2022. 124, obs. H. Barbier.

(35) M. Behar-Touchais, La résolution du conflit des textes sur le déséquilibre significatif. À propos du non-cumul

entre l'article L. 442-6 I, 2° du code de commerce et l'article 1171 du code civil, JCP 2022. Doctr. 494 ; S. Tisseyre, *Clauses abusives : application de l'article 1171 du code civil à la location financière et précisions sur la notion de déséquilibre significatif en droit commun*, D. 2022. 539 ; H. Barbier, *L'article 1171 du code civil est évincé par les textes spéciaux de lutte contre les clauses abusives*, RTD civ. 2022. 124.

(36) G. Wicker, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », 1997, *passim*.

(37) C. civ., art. 524.

(38) Y. Thomas, *Fictio Legis. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales*, Droits 1995, n° 21, p. 17-62, spéc. p. 48.

(39) J. Schmidt-Szalewski, *Les fictions en droit privé*, in *Archives phil. dr.*, 1975, p. 275 s.

(40) Y.-M. Laithier, *La contre-réforme : l'arrêt à motivation appauvrie*, RDC 2017. 227 s.

(41) CE 20 oct. 1989, n° 108243, *Nicolo*, Lebon ; AJDA 2014. 100, entretien M. Long ; D. 1990. 135, note P. Sabourin ; *ibid.* 57, chron. R. Kovar ; RFDA 1990. 267, chron. D. Ruzié ; Rev. crit. DIP 1990. 125, concl. P. Frydman ; *ibid.* 139, note P. Lagarde ; RTD com. 1990. 193, obs. C. Debbasch ; M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et B. Genevois, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 23^e éd., 2021, n° 82.

(42) CJCE 15 juill. 1964, aff. 6/64, *Costa c/ Enel* ; M. Blanquet, H. Gaudin, J. Andriantsimbazoniva et F. Fines, *Les grands arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne*, Dalloz, 7^e éd., 2014, n° 42.

(43) Cass., ass. plén., 2 juin 2000, n° 99-60.274, *Fraisse*, D. 2000. 865, note B. Mathieu et M. Verpeaux ; *ibid.* 2001. 1636, chron. B. Beignier et S. Mouton ; RTD civ. 2000. 672, obs. R. Libchaber ; Y. Lequette, F. Terré et H. Capitant, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, Dalloz, 13^e éd., 2015, n° 1.

(44) Pour un aperçu, C. Perelman (dir.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, 1968. La bibliographie sur le sujet est donc immense ; v. en particulier, la bibliographie remarquablement complète de J. Jeanneney, *Les lacunes constitutionnelles*, Dalloz, coll. « Nvle Bibl. des thèses », 2016.

(45) C. Atias, *Juris dictio : redire l'inédit*, D. 1992. 281.

(46) C. civ., art. 1100-1.

(47) C. civ., art. 1871-1.

(48) J. Lonfat, Archéologie de la notion d'analogie d'Aristote à Saint Thomas d'Aquin, Archives d'histoire doctrinale et littéraire du Moyen Âge 2004/1, p. 42. En droit, Les Cahiers de méthodologie juridique consacrés à cette question, RRJ 1995-5.

(49) Cependant, en droit romain, *Digeste*, 21, 2, 44, le mât, les antennes et les voiles sont au navire ce que les membres sont au corps, c'est-à-dire des extensions indispensables pour remplir sa fonction. Or il n'en va pas de même pour la chaloupe du navire.

(50) R. Kolb, *Interprétation et création du droit international : esquisses d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Bruylant, 2006, p. 738.

(51) Civ. 1^{re}, 13 mars 2007, n° 05-16.627, D. 2007. 1389, rapp. G. Pluyette ; *ibid.* 935, obs. I. Gallmeister ; *ibid.* 1375, point de vue H. Fulchiron ; *ibid.* 1395, note E. Agostini ; *ibid.* 1561, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJ fam. 2007. 227, obs. F. Chénéde ; RTD civ. 2007. 287, obs. J.-P. Marguénaud ; *ibid.* 315, obs. J. Hauser ; *ibid.* 2008. 438, obs. P. Deumier .

(52) Crim. 4 janv. 1986, n° 84-94.222.

(53) Ce qu'avait fait l'avocat Jacques Vergès de façon provocatrice en déclarant qu'il était prêt à défendre Georges Bush et *même* Hitler, sous-entendant que le premier était pire dans ses forfaits que le second.

(54) J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, PUF, coll. « Thémis », 3^e éd., 2018, p. 150 s.

(55) Cass., req., 15 juin 1892, *Patureau c/ Boudier*, Dalloz Périodique 1892. 1. 596.

(56) C. civ., art. 1303 s.

(57) J.-L. Bergel, préc., p. 272.

(58) J.-L. Bergel, Différence de nature (égale) différence de régime, RTD civ. 1984. 255 s.

(59) *Topiques*, VI, 4, 141b, 25.

(60) Civ. 2^e, 7 mars 2019, n° 17-27.139, D. 2019. 534.

(61) Civ. 3^e, 12 avr. 2012, n° 11-14.279, *Zoubir (M^{me}) c/ Belhassen-Poiteaux (M^{me})*, D. 2012. 1124 ; *ibid.* 2013. 391, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki ; AJDI 2013. 300, obs. F. Cohet-Cordey.

(62) Civ. 3^e, 22 mars 1995, n° 95-15.233.

(63) M. Painchaux, La qualification *sui generis* : l'inqualifiable peut-il devenir catégorie ?, RRJ 2004. 1567 s.

(64) Soc. 20 nov. 1986, n° 84-43.643 ; Cass., ass. plén., 8 janv. 1993, n° 87-20.036, *CNAVTS c/ Linares (M^{lle} de)*, D. 1993. 34 ; Dr. soc. 1993. 391, rapp. Y. Chartier ; RDSS 1993. 479, obs. G. Vachet.

(65) B. Dondero, Place à l'entrepreneur individuel à deux patrimoines (EI2P) !, Rev. sociétés 2022. 199.

(66) P. Avril et J. Gicquel, *Droit parlementaire*, Montchrestien, 4^e éd., 2010, n° 237, p. 177.

(67) Pour une mention expresse qui illustre le passage d'un problème de conflit de textes à un problème de dérogation à la lettre de l'article, Com. 26 janv. 2022, préc. note 34.

(68) Civ. 2^e, 10 mars 2004, n° 02-20.275, D. 2004. 2257, obs. V. Brémond ; *ibid.* 2963, obs. D. Vigneau ; AJDI 2004. 370 ; AJ fam. 2004. 188, obs. F. Bicheron ; RTD civ. 2004. 270, obs. J. Hauser ; *ibid.* 538, obs. B. Vareille.

(69) CJUE 23 nov. 2016, aff. C-177/15, *Nelsons GmbH c/ Ayonnax Nutripharm GmbH et Bachblütentreff Ltd.*

(70) Exemple issu de S. Goltzberg, *Le droit comparé*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2018, p. 90.

(71) Civ. 1^{re}, 11 mai 2017, n° 16-15.549, D. 2018. 87, obs. T. Wickers ; D. avocats 2017. 286, obs. B. Pitcho ; RTD civ. 2018. 61, obs. P. Deumier.

(72) Cass., ch. ré., 13 févr. 1930, arrêt *Jand'heur*, Bull. n° 34 ; Y. Lequette, F. Terré et H. Capitant, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, op. cit.* (note 43), t. 2, n° 202.

(73) E. Rubi-Cavagna, Les arguments d'opportunité, *Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2013, p. 218.

(74) Y. Lequette, F. Terré et H. Capitant, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, op. cit.*, t. 1, n° 165.

(75) M. Latina, L'interdépendance contractuelle depuis la réforme des contrats, in *Mélanges Bernard Teyslié*, LexisNexis, 2019, p. 1007 s. ; F. Rouvière, Les contrats interdépendants, entre analyse économique et technique juridique, RTD civ. 2020. 735 s.

(76) Cass., ass. plén., 4 oct. 2019, n° 10-19.053, D. 2019. 2228, et les obs., note H. Fulchiron et C. Bidaud ; *ibid.* 1985, édito. G. Loiseau ; *ibid.* 2000, point de vue J. Guillaumé ; *ibid.* 2423, point de vue T. Perroud ; *ibid.* 2020. 506, obs. M. Douchy-Oudot ; *ibid.* 677, obs. P. Hilt ; *ibid.* 843, obs. RÉGINE ; *ibid.* 951, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke ; *ibid.* 1696, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; JA 2019, n° 610, p. 11, obs. X. Delpech ; AJ fam. 2019. 592, obs. J. Houssier, obs. G. Kessler ; *ibid.* 481, point de vue L. Brunet ; *ibid.* 487, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; RTD civ. 2019. 817, obs. J.-P. Marguénaud ; *ibid.* 841, obs. A.-M. Leroyer ; *ibid.* 2020. 459, obs. N. Cayrol.

(77) M. Gobert, Le sexe neutre ou de la difficulté d'exister, JCP 2017. 716.

(78) R. Dworkin, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, coll. « Léviathan », 1995, p. 82.

(79) Soc. 24 mars 2010, n° 08-45.552, *Negre c/ Calor (Sté)*, D. 2010. 901 ; RDT 2010. 366, obs. G. Auzero.

(80) Civ. 1^{re}, 10 déc. 1985, n° 84-14.328.

(81) Civ. 3^e, 10 mai 2001, n° 99-11.762, *HLM Carpi (Sté) c/ Hardy (Epx)*, D. 2001. 3156, note P. Lipinski ; RTD civ. 2001. 699, obs. N. Molfessis.

(82) T. corr. Château-Thierry, 4 mars 1898, *Louise Ménard*, D. 1899. 2. 329 ; Amiens, 22 avr. 1898, D. 1899. 2. 329.

(83) Il s'agit alors d'une casuistique de conception : S. Goltzberg, Le cas, entité hybride, Cahiers méth. jur., RRI 2018/5, p. 2041.

(84) F. Chénéde, Deux leçons du droit naturel classique pour le contrôle de conventionnalité *in concreto*, D. 2021. 1142.

(85) P. Jestaz, J.-P. Marguénaud et C. Jamin, Révolution tranquille à la Cour de cassation, D. 2014. 2061 ; F. Chénéde, Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ?, D. 2016. 796 s. ; P.-Y. Gautier, Contre la « balance des intérêts » : hiérarchie des droits fondamentaux, D. 2015. 2189 s. ; T. Marzal, La Cour de cassation à « l'âge de la balance », RTD civ. 2017. 789 s.

(86) F. Melleray (dir.), *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruylant, 2007.

(87) H. Muir Watt, Pour l'accueil de l'estoppel en droit privé français, in *Mélanges Yves Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 303-309.

(88) Cass., req. 23 mai 1822, Jur. gén., v° Dispositions entre vifs, n° 1611 ; pour un exemple récent, Civ. 1^{re}, 13 janv. 2016, n° 14-28.297, *Marseille (Cne)*, AJDA 2016. 70 ; D. 2016. 200 ; JAC 2016, n° 33, p. 14, obs. X. Près ; *ibid.*,

n° 35, p. 38, étude X. Près.

(89) Civ. 1^{re}, 21 févr. 1978, n° 76-10.561.

(90) C. Atias, Spécialités traditionnelles, RRJ 1997. 793 ; F. Colonna d'Istria, Le poids de la tradition dans l'argumentation juridique, RTD civ. 2019. 727.

(91) C. Atias, Présence de la tradition juridique, RRJ 1997. 387.

(92) F. Rouvière, Qu'est-ce qu'une recherche juridique ?, in *L'évaluation de la recherche en droit : enjeux et méthodes*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 117 s. ; Le fondement du savoir juridique, RTD civ. 2016. 279.

(93) CEDH 30 nov. 2004, n° 48939/99, *Öneryildiz c/ Turquie*, AJDA 2005. 1133, note S. Rabiller ; *ibid.* 2004. 2301 ; *ibid.* 2005. 541, chron. J.-F. Flauss ; *ibid.* 1081, édito. Y. Jégouzo ; RDI 2005. 98, obs. F.-G. Trébulle ; RTD civ. 2005. 422, obs. T. Revet.

(94) Civ. 1^{re}, 16 sept. 2020, n° 09-67.456, *Encore Events (Sté)*, AJDA 2010. 1736 ; D. 2010. 2750, obs. C. Le Douaron, note G. Loiseau ; *ibid.* 2145, édito. F. Rome ; *ibid.* 2754, note B. Edelman ; *ibid.* 2011. 780, obs. E. Dreyer ; Légipresse 2010. 264 et les obs. ; *ibid.* 363, comm. A. Tricoire ; RTD civ. 2010. 760, obs. J. Hauser.

(95) Cass., ass. plén., 17 nov. 2000, n° 99-13.701, D. 2001. 332, et les obs., note D. Mazeaud ; *ibid.* 316, concl. J. Sainte-Rose ; *ibid.* 336, note P. Jourdain ; *ibid.* 489, chron. J.-L. Aubert ; *ibid.* 492, chron. L. Aynès ; *ibid.* 1263, chron. Y. Saint-Jours ; *ibid.* 1889, chron. P. Kayser ; *ibid.* 2796, obs. F. Vasseur-Lambry ; *ibid.* 2002. 1996, chron. A. Sériaux ; *ibid.* 2349, chron. B. Edelman ; RDSS 2001. 1, note A. Terrasson de Fougères ; RTD civ. 2001. 77, Variété B. Markesinis ; *ibid.* 103, obs. J. Hauser ; *ibid.* 149, obs. P. Jourdain ; *ibid.* 226, obs. R. Libchaber ; *ibid.* 285, étude M. Fabre-Magnan ; *ibid.* 547, Variété P. Jestaz.

(96) Sur cette hypothèse, J.-F. Lyotard, *Le différend*, Les éditions de Minuit, coll. « Critique », 1983, p. 9.