



HAL
open science

L'argument tiré de textes non applicables à l'espèce

Frédéric Rouvière

► **To cite this version:**

Frédéric Rouvière. L'argument tiré de textes non applicables à l'espèce. RTDCiv. Revue trimestrielle de droit civil, 2022, 04, pp.1009. halshs-03947129

HAL Id: halshs-03947129

<https://shs.hal.science/halshs-03947129>

Submitted on 16 Oct 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.

L'argument tiré de textes non applicables à l'espèce

P. Deumier, *La prise en considération d'une norme par le juge : le chaînon manquant ?*, D. 2022. 1668

Frédéric Rouvière

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Laboratoire de théorie du droit

Pascale Deumier attire notre attention sur une pratique que la Cour de cassation et le Conseil d'État tendent à développer : la prise en considération de textes, normatifs ou non, mais qui ne sont pas directement applicables au cas d'espèce.

Cette pratique existe déjà auprès de la Cour EDH et de la CJUE et tend à être plus visible chez les juges nationaux en raison du passage à une motivation enrichie (p. 1668-1669).

Par exemple, la loi nouvelle n'a pas d'effet rétroactif. Cependant, le juge s'y réfère volontiers pour interpréter le droit ancien, ce qui peut même conduire à faire des revirements de jurisprudence sans lendemain (p. 1670). Il en va de même pour la loi étrangère ou les instruments internationaux, voire les recommandations et avis et finalement pour l'ensemble du droit souple (*soft law*).

En somme, il s'agit de déployer l'« effet rhétorique de la norme, en l'utilisant comme argument » (p. 1671). C'est ainsi que, par un paradoxe seulement apparent, le juge *doit* prendre en considération une norme qu'il n'appliquera pas. Cette situation crée pour lui une contrainte de motivation car il devra répondre à l'argument (p. 1672).

Toutefois, Pascale Deumier se montre critique. La différence est mince entre « prendre en considération » et « appliquer » et méconnaît en définitive la distinction entre « le raisonnement menant à la décision et sa motivation » (p. 1673). En définitive, cette prise en considération traduit l'ambiguïté du statut de la jurisprudence dans notre système juridique.

Nous ne pouvons qu'abonder dans le sens de cette dernière remarque. Le modèle normatif n'est pas un gant aisé en enfiler pour la jurisprudence qui a été conçue comme une norme strictement individuelle, par opposition à la loi. Ce phénomène de la « prise en considération » que pointe Pascale Deumier nous paraît typique d'une hésitation actuelle sur le statut des sources du droit : sont-elles des normes contraignantes ou bien incluent-elles tous les textes ayant une valeur persuasive ? La première branche de l'alternative paraît renvoyer à une époque bien révolue, celle de la majesté et de l'exclusivité de la loi. La seconde branche paraît faire référence à une époque qui n'est pas (encore ?) advenue en France : celle de la dialectique et de la volonté de convaincre. Elle impliquerait de motiver davantage et parfois très longuement, à l'image des arrêts de la Cour EDH ou de certaines cours suprêmes comme celles de l'Inde ou des États-Unis.

Aussi, l'alternative ainsi formulée paraît trop brutale. Les juges paraissent naviguer dans un entre-deux où la norme contraignante s'accompagne de textes qui ne le sont pas. Mais cette demi-teinte laisse une impression de brouillard peu satisfaisante pour l'esprit. Doit-on alors, oui ou non, prendre en considération les textes qui ne sont pas normatifs ?

Il paraît évident que les textes, même non normatifs, ont une valeur argumentative. Leur intérêt réside principalement en cela. Inversement, cela ne doit pas masquer la valeur argumentative des textes normatifs. En effet, en faisant le choix de rendre un texte contraignant, le pouvoir politique envoie un message clair : le texte a un poids plus important que d'autres. Refuser de prendre en compte cette hiérarchie, c'est progressivement mettre à égalité tous les textes et dissoudre l'idée même de source du droit. Au fond, le juge pourrait s'inspirer de n'importe quel texte mais ne serait réellement tenu par aucun d'entre eux. La persuasion, l'acte d'argumenter, primerait tout le reste.

Nous voyons à quel point ce problème s'inscrit dans le droit fil de la chronique précédente sur l'argument *a rubrica*. C'est la même question de la force argumentative de la lettre qui se pose car ce texte a été adopté par une autorité dotée d'un pouvoir normatif.

Cependant, la lettre a par elle-même une force argumentative. C'est même une caractéristique du raisonnement juridique comme nous l'avons déjà souligné à de nombreuses reprises.

Aussi, en rejoignant Pascale Deumier avec des arguments différents, nous ne pensons pas que le droit puisse se laisser progressivement absorber par une forme indifférenciée de rhétorique ou par la seule volonté de persuader qui relèvent bien plus du registre politique ou moral.

À notre sens, tout oppose l'argumentation politique ou éthique à l'argumentation juridique. Quand la première cherche prioritairement à emporter l'adhésion, la seconde vise à s'assurer que le juge n'exerce pas un pouvoir arbitraire, précisément parce qu'il respecte la lettre des textes. Quand la première s'appuie principalement sur des lieux communs (valeurs partagées par l'auditoire ; C. Perelman, *L'empire rhétorique*, Vrin, 2002, p. 29 s.), la seconde se fonde essentiellement sur le précédent et le respect de sa lettre. Quand l'argument politique ou éthique veut faire primer des objectifs ou des valeurs, l'argumentation juridique se fonde sur la primauté du texte. En effet, il ne s'agit pas d'influencer des comportements mais avant tout de trancher un litige. Exposer des raisons d'agir n'est pas la même chose que remplir une fonction savante qui s'exprime dans l'application, l'harmonisation des textes et le comblement de leurs lacunes.

La fonction savante de l'argumentation juridique s'exprime ainsi dans la jurisprudence qui suppose de traiter les cas semblables de façon identique. C'est bien cette exigence formelle de justice qui donne aux arrêts une incontournable valeur argumentative et assure également la cohérence du système juridique, gage de la prévisibilité des solutions.

Ce que l'hésitation sur le statut de la jurisprudence trahit selon nous, c'est que sa dimension savante et argumentative a été trop longtemps occultée. L'examen des travaux préparatoires des arrêts révèle finalement la dimension doctrinale de l'office du juge dont la décision n'est que la face normative ; outre la solution du litige pour le cas d'espèce, elle ne livre que la prémisse essentielle pour les argumentations futures devant déterminer à quels cas semblables la solution est appelée à s'appliquer.

« Prendre en considération » les normes non applicables n'est au fond qu'étendre à d'autres textes la façon dont la jurisprudence est traitée dans la pratique, à savoir comme une norme qui ne lie que les parties mais dont le rayonnement argumentatif s'étend à tous les litiges futurs. En somme, c'est affirmer d'une autre manière l'importance de l'argumentation fondée sur la lettre. C'est reconnaître indirectement que l'essence même du raisonnement juridique est d'être formel et que ce formalisme s'exprime dans le poids accordé à la lettre (F. Rouvière, *Le formalisme comme essence du raisonnement juridique*, Cahiers de méthodologie juridique, RRJ 2019-5, p. 1903).

Néanmoins, le poids de la lettre n'est pas uniforme. Certaines sources ont plus de poids que d'autres. La première chose qu'on attend d'une autorité d'application du droit c'est qu'elle soit d'abord cohérente avec ses propres décisions. C'est là que se situe tout le sens du précédent, non pas comme argument mais comme *principe d'argumentation*. Il s'agit de considérer toute décision antérieure qui possède une autorité pour la réitérer.

Cependant, reconnaître un précédent c'est aussi accepter de s'y soumettre au plan cognitif. C'est sans doute sur ce point que le bât blesse : les textes « pris en considération » alors qu'ils ne sont pas normatifs risquent de s'imposer par la contrainte savante qu'ils opèrent. Le juge ne pourra guère s'en détacher au seul motif qu'ils ne sont pas contraignants s'il leur a préalablement reconnu une valeur argumentative.

Ce statut ambigu montre que la part du savoir et du pouvoir dans l'office du juge appelle sans doute encore bien des

clarifications que le texte de Pascale Deumier nous a certainement appelé à prendre en considération !