



HAL
open science

L'ARGUMENT MORAL EN DROIT

Frédéric Rouvière

► **To cite this version:**

Frédéric Rouvière. L'ARGUMENT MORAL EN DROIT. Cahiers de Méthodologie Juridique (Revue de la Recherche Juridique), Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2018, Doctrine juridique et philosophie politique et morale, 31, pp.1931-1944. hal-03795865

HAL Id: hal-03795865

<https://hal-amu.archives-ouvertes.fr/hal-03795865>

Submitted on 4 Oct 2022

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 MORAL EN DROIT

Frédéric ROUVIÈRE

Laboratoire de Théorie du Droit, Aix Marseille Univ, Aix-en-Provence, France

Abstract: *When is there a moral argument? The interest in answering this question is to know from what moment the interpretation can be qualified as axiological and eventually loses neutrality. The answer given by the study is that moral argument makes purpose or goals of a text prevail, while legal argument gives more weight to the letter of the texts.*

1. Définir l'argument moral en droit – Quand y a-t-il argument moral en droit? L'intérêt de répondre à cette question est multiple. Savoir distinguer l'argument moral d'autres types d'arguments permettrait de savoir à partir de quel moment l'application des textes est orientée, à partir de quel moment l'interprétation donnée est axiologiquement déterminée et perd éventuellement en neutralité. Par contraste, l'identification de l'argument moral permettrait de désigner quel type d'argument peut prétendre à la neutralité axiologique. Ainsi nous pourrions savoir quand commence et où finit une application du droit purement technique et proprement juridique. Cela ne signifie pas que l'argumentation neutre et technique soit la meilleure mais qu'elle est préférable si l'on entend promouvoir la thèse d'une stricte neutralité de l'interprète à l'égard des textes – que cet interprète soit juge, chercheur et plus généralement juriste.

La morale, dans sa définition courante, est une recherche d'un bien idéal, individuel ou collectif. Elle traite tant des règles de conduite que des fins de l'action humaine. Aussi, on ne saurait prétendre que l'application neutre du droit (si elle est possible) est *meilleure* qu'une analyse morale sans verser soi-même dans l'axiologique. Néanmoins, l'originalité de l'argumentation juridique réside sans doute en partie dans la possibilité d'une neutralité axiologique plus grande que dans les argumentations de type moral.

2. Morale et valeurs – A ce stade, une précision s'impose: la morale et les valeurs sont certes liées mais ne forment pas une seule et même entité. L'étude des valeurs relève de l'axiologie. En revanche, le choix de prescrire le respect de certaines valeurs relève de la morale. En soi, dire que telle chose est « bonne » n'induit pas nécessairement de prescrire son choix. En politique, par exemple le « bon » peut céder devant « l'efficace ».

Si toute morale est fondée sur des valeurs, tout système de valeurs n'est pas en soi une morale. Ainsi des valeurs purement épistémiques comme la cohérence dans l'application du droit ne prescrivent aucun comportement particulier, ce sont seulement des règles d'interprétation et d'analyse des textes.

Toutefois, le problème reste entier sur le point de savoir comment distinguer argument juridique et argument moral.

3. Problème classique des rapports entre droit et morale – Pour résoudre la question de la définition de l'argument moral, nous écarterons d'emblée deux grandes façons de raisonner qui procèdent de façon métaphysique.

D'une part, il est possible de soutenir que droit et morale sont une seule et même entité. C'est l'équation du jusnaturalisme selon laquelle droit, justice et morale forment une trinité inséparable. C'était jadis l'analyse d'Aristote, c'est aujourd'hui celle (de façon plus voilée) de Dworkin. Selon ce dernier, l'interprétation juridique est nécessairement guidée et dépendante des principes et valeurs sous-jacents du système de règles qui se nomme « le droit ».

D'autre part, il est possible d'adopter une position positiviste au sens général du terme. Kelsen illustre parfaitement dans sa *Théorie pure du droit* la volonté de distinguer les normes juridiques et les normes morales.

Aucune de ces deux voies n'est satisfaisante à nos yeux car elle réduit le problème de la distinction entre l'argument moral et l'argument juridique à une prise préalable de position métaphysique. En effet, d'un point de vue jusnaturaliste tous les arguments juridiques sont moraux. Et d'un point de vue positiviste, aucun ne l'est jamais en vertu d'un principe strict de séparation.

En outre, cette dichotomie positivisme/jusnaturalisme aboutit à une double impasse. À l'analyse jusnaturaliste, on peut opposer aujourd'hui la modernité et le concept de subjectivité qui rendent caduques les analyses en termes de valeurs universelles inscrites dans l'ordre des choses. Contrairement aux anciens, nous ne vivons plus dans un monde pensé comme un ordre cohérent et hiérarchisé. Désormais, la source de la connaissance est le sujet lui-même et non un objet ancré dans l'être même des choses. À l'analyse positiviste, on peut cette fois opposer le problème de la légitimité formelle et le fait qu'il soit possible de dire que le droit nazi soit bien du droit. L'approche formelle du système juridique est alors évidemment moralement limitée.

L'ultime tentation serait alors de mélanger les deux aspects et de réduire les prises de position doctrinale à des analyses de type politique. Il est vrai qu'on peut difficilement nier l'orientation morale de débats sur l'arrêt Perruche ou sur le mariage homosexuel. Cependant, ces cas ne sont pas représentatifs des analyses ordinairement menées par les cours et tribunaux ni du travail quotidien du

juriste. Il faut concéder que ces cas peuvent être vus comme extrêmes et obligent à révéler des options morales pour décider de la solution.

4. La distinction du moral et du juridique dans le discours – Le problème de la distinction entre argument juridique et argument moral doit être posé à nouveaux frais. L'enjeu sera alors de comprendre où commence une innovation ou une création au sens originel de l'équité d'Aristote¹. Rappelons en effet que pour l'auteur de *l'éthique à Nicomaque*, l'équité ne corrige pas la loi en la modifiant mais la complète en la prolongeant.

Dans cette voie, nous proposons seulement une hypothèse qu'il faudrait analyser en profondeur avec des études bien plus systématiques. Selon cette hypothèse, *l'argument moral est celui qui repose sur la finalité du texte*. L'argument moral permet alors de dépasser la lettre, voire de la contredire. Cette hypothèse repose elle-même sur le présupposé selon lequel l'argumentation juridique fait en général primer la lettre sur l'esprit. Cela ne veut pas dire que le respect de la lettre est un critère de la juridicité mais qu'elle est un caractère propre de *l'argumentation* des juristes, qui tend à donner plus de poids aux textes qu'à leurs objectifs, souvent implicites.

Ainsi, le critère de l'argument moral est directement extrait du *telos* aristototélien, c'est-à-dire de la finalité. C'est pourquoi Aristote est capable d'écrire que c'est en vue de l'excellence qu'existe la communauté politique, et non en vue du vivre ensemble². Pour Aristote, la vertu de justice est de façon plus large une façon pour l'être humain d'accomplir sa finalité éthique.

L'idée est de transporter ce critère dans l'univers du discours juridique et d'étayer l'hypothèse selon laquelle l'argument moral peut être compris comme celui qui résulte de la finalité. Pour cela, nous étudierons plusieurs cas jurisprudentiels et extraits de discours doctrinaux, non pour prouver l'existence d'un argument moral, mais pour montrer que la mise en corrélation de la finalité et de la critique de la lettre des textes permet de prendre au sérieux l'hypothèse avancée.

5. Formes de l'argument finaliste – Un argument qui repose sur la finalité renvoie de façon globale à l'esprit du texte. Il est alors possible de distinguer quatre catégories distinctes.

La première forme de finalité se trouve dans la recherche de l'intention ou du but poursuivi par le législateur. Nous nous limiterons à la version fonctionnelle de l'argument (le but objectif) sans considérer l'analyse historique de la volonté du législateur qui ressort de l'analyse des travaux préparatoires. Bref nous nous concentrerons sur la *ratio legis*, le but propre du texte ou la finalité en tant que telle.

¹ *Ethique*, trad. Tricot, V, 14, p. 267 : « la loi ne prend en considération que les cas les plus fréquents, sans ignorer d'ailleurs les erreurs que cela peut entraîner » ; trad. Saint Hilaire V, X, § 2, p. 229 : « la loi ne saisit que les cas les plus ordinaires, sans se dissimuler d'ailleurs ses propres lacunes ».

² *La Politique* (III, 9, 1281a2-3).

La deuxième forme d'argument lié à la finalité est proche de l'analyse dworkinienne et renvoie à tous les principes correcteurs. Ils portent bien leur nom car ils ont pour effet de corriger la lettre du texte. C'est par exemple le cas d'un principe comme « la fraude corrompt tout ». Ce principe introduit une mesure du bien dans l'application d'un texte.

La troisième forme d'argument lié à la finalité est tirée de la proportionnalité car les arguments liés à la proportionnalité impliquent souvent une analyse des buts. Par pondération ou comparaison, l'interprète compare les buts poursuivis pour déclarer à l'issue de l'analyse celui qui doit être préféré.

La quatrième forme se caractérise plutôt par l'absence de finalité. Les auteurs critiquent les textes ou leur application qui fait abstraction de la finalité poursuivie. Il est alors possible de se demander si les critiques doctrinales ne sont pas elles-mêmes morales lorsqu'elles invoquent la finalité.

I. L'invocation de la finalité en tant que telle : la raison d'être

6. Exemples de renversement de la lettre – Conformément à la voie choisie, nous prendrons seulement des exemples pour étayer l'hypothèse selon laquelle l'argument moral est lié à la finalité. Il est évident que ces quelques échantillons ne peuvent suffire à fonder totalement une thèse d'une telle ampleur. Toutefois, les exemples permettront d'illustrer comment la finalité permet de renverser la lettre par modification ou ajout.

7. Modification de la lettre – La finalité en tant que telle permet de modifier la lettre des textes. Ainsi, l'article 1843-4 du Code civil dans sa version applicable jusqu'en 2014 disposait :

« **Dans tous les cas** où sont prévus la cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible ».

L'expression « dans tous les cas » ne semble guère laisser de doutes sur le champ d'application. *A priori* l'article vise toutes les hypothèses de cession sans distinction. Pourtant, la Cour de cassation a réussi à évincer l'interprétation littérale du texte en décidant que :

« les dispositions de ce texte, qui ont pour **finalité** la protection des intérêts de l'associé cédant, sont sans application à la cession de droits sociaux ou

à leur rachat par la société résultant de la mise en œuvre d'une promesse unilatérale de vente librement consentie par un associé »³.

En analysant le but poursuivi par le texte (la protection de l'associé cédant), les juges ont réussi à écarter l'exigence d'une détermination du prix de rachat par expert. De façon assez étrange l'interprétation par la finalité se trouve ici être plus restrictive que l'interprétation littérale des termes de la loi.

Preuve que cette interprétation visait à optimiser la compréhension du texte et sans doute à préserver la libre détermination contractuelle du prix de cession, le législateur a ultérieurement modifié l'article en précisant « dans tous les cas prévus par la loi » ce qui est une formule plus limitée que la précédente.

Il reste que le choix d'une solution jugée meilleure (celle qui préserve la liberté contractuelle) a conduit à modifier la lettre pourtant explicite du texte. Nous sommes bien en présence d'une équité de type correctif et non de type supplétif. La finalité n'a pas permis de combler le silence du texte mais bien au contraire d'en amender le champ d'application.

8. Ajout à la lettre – La finalité permet encore d'ajouter des éléments qui ne sont pourtant pas prévus par le texte, simplement pour optimiser son application. L'exemple de l'exigence de la mention manuscrite dans le cautionnement est très évocateur. L'application littérale repose sur l'idée que nous ne devons pas ajouter à la loi des distinctions qu'elle ne comporte pas (*Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*). Bref, le champ d'application ne doit pas être arbitrairement réduit.

La loi du 6 juillet 1989 qui régit les rapports locatifs en matière d'habitation prévoit dans son article 22-I que

« la personne physique qui se porte caution fait précéder sa signature de la reproduction manuscrite du montant du loyer et des conditions de sa révision tels qu'ils figurent au contrat de location, de la mention manuscrite exprimant de façon explicite et non équivoque la connaissance qu'elle a de la nature et de l'étendue de l'obligation qu'elle contracte et de la reproduction manuscrite de l'alinéa précédent ».

La loi ne distingue pas selon que le cautionnement soit donné sous seing privé ou bien en la forme authentique devant notaire. La loi devrait donc s'appliquer à chacune de ces hypothèses et la mention manuscrite devrait être exigée.

Pourtant, les juges décident que « les formalités prescrites par l'article 22-I de la loi du 6 juillet 1989 ne concernent que les cautionnements conclus sous seings privés et non ceux donnés en la forme authentique ».

³ Cass. com. 11 mars 2014, n° 11-26.915.

Rien dans la lecture de la loi ne pouvait laisser penser à une telle exclusion. Un auteur a pourtant fait remarquer que la Cour de cassation écarte l'application de l'adage *Ubi lex non distinguit...* au profit de celle de la maxime *Cessante ratione legis, cessat ejus dispositio*: là où cesse la raison d'être cesse l'application du texte. La finalité de la règle est de permettre que la caution donne son consentement en toute connaissance de cause et mesure la portée de son engagement. Or cette exigence disparaît naturellement lorsque le cautionnement est conclu devant un notaire dont le devoir de conseil permet que l'objectif soit rempli⁴.

Pour un autre commentateur de la décision, le rapprochement du texte concerné avec d'autres textes similaires a joué un rôle essentiel⁵. Selon lui, il était raisonnable de penser qu'il n'y avait pas eu de volonté législative de soumettre le cautionnement des obligations du preneur donné par acte authentique à l'exigence d'une mention manuscrite car les autres textes relatifs à cette mention ne s'appliquent qu'aux seuls cautionnements donnés par acte sous seing privé⁶.

Une nouvelle fois, l'argument de la finalité permet de reconfigurer le champ d'application d'un texte que les juges ont dû considérer comme mal rédigé. Les cas compris dans la règle n'ont pas été déterminés par le sens obvie du texte mais bien par la raison d'être implicite qui le sous-tend ou plus exactement par l'objectif de protection du consentement.

L'un des commentateurs glisse insensiblement de la raison d'être objective et fonctionnelle de la disposition à l'intention historique du législateur qui a certainement voulu autre chose que ce qu'il a dit. Le but est bien d'appliquer un droit meilleur ou considéré comme plus vrai. Ce faisant on voit combien l'argument moral modifie le sens simplement littéral du texte.

Sans doute l'analyse est plus complexe qu'elle n'y paraît car d'autres textes, pouvant jouer comme des précédents, semblaient faire pencher la balance en faveur de la restriction de la mention manuscrite aux actes sous seing privé. Néanmoins, les juges iraient-ils jusqu'à considérer qu'un avertissement solennel donné par lettre recommandée à la caution équivaldrait à la mention manuscrite ? Il est difficile de l'admettre. En effet, le texte appliqué s'éloignerait considérablement de l'exigence de mention manuscrite pour se transformer en un simple objectif donné au juge : il doit s'assurer que le consentement de la caution doit être éclairé. Or précisément, le législateur organise un mode de preuve indiscutable à travers l'exigence de mention manuscrite. On le voit, la primauté de la force de la lettre est sans doute encore bien installée dans l'argumentation juridique.

⁴ E. Savaux obs. sur Cass. civ. 3^e, 9 juill. 2008, *Deffrénois* 2008, art. 38838, p. 1989 s.

⁵ P. Crocq, obs. à la *RTD civ.* 2008, p. 698.

⁶ P. Crocq, précité.

II. La fraude comme principe correcteur : la mesure du bien

9. *Fraus omnia corrumpit* – La fraude consiste à détourner la finalité d'une règle ou d'une institution. Elle implique une appréciation morale en raison de la structure même de l'argumentation. Cette fois ce n'est plus la finalité d'un texte qui est identifiée mais la finalité générale du droit, à savoir l'attente d'une justice substantielle minimale.

C'est typiquement ce genre d'exemple que Ronald Dworkin a popularisé dans la théorie du droit avec l'affaire : *Riggs contre Palmer*, dite encore affaire « Elmer ». Le petit-fils avait assassiné le grand-père ayant pris des dispositions testamentaires en sa faveur. Par application des règles de validité du testament, le petit-fils devait hériter. Le tribunal de New-York a alors décidé d'appliquer le principe « nul ne peut profiter de ses propres méfaits » ce qui est une idée voisine de la fraude. Dans cette voie, il est clair que l'application littérale du texte a été refusée au motif de la réalisation d'une finalité jugée meilleure ou d'un bien supérieur. La structure morale de l'argumentation est encore dévoilée par l'usage du critère de la finalité. Cette façon de penser se retrouve également en droit français.

10. Refus de l'application littérale – Le refus de l'application littérale peut s'illustrer par un cas emblématique où un salarié en contrat à durée déterminée avait volontairement omis de signer son contrat ce qui, normalement, doit se traduire par une requalification en contrat en durée indéterminé. La règle est censée bien entendu protéger le salarié contre les éventuels abus de l'employeur mais ici, c'est bien plutôt l'employeur qui se trouvait dans la situation de subir un contrat à durée indéterminé alors qu'il avait tout fait pour respecter le régime du contrat à durée déterminée.

La Cour de cassation a alors considéré que si la règle devait s'appliquer « il en va autrement »⁷ en cas de fraude. De façon parfaitement explicite, la Cour de cassation a introduit une exception grâce à la fraude. L'expression « il en va autrement » annonce en effet l'ajout d'une hypothèse que la loi ne comporte pas.

On peut sans trop de difficulté en conclure que la lettre cède devant le but bien compris de la disposition. Les juges ont bien recherché ce qu'ils considèrent comme la meilleure application de la règle et non son application littérale.

⁷ Cass. soc. 24 mars 2010, n° 08-45.552 : « Mais attendu que la fraude corrompt tout ; que si la signature d'un contrat écrit, imposée par la loi dans les rapports entre l'entreprise de travail temporaire et le salarié afin de garantir qu'ont été observées les conditions à défaut desquelles toute opération de prêt de main-d'oeuvre est interdite, a le caractère d'une prescription d'ordre public dont l'omission entraîne à la demande du salarié la requalification en contrat de droit commun à durée indéterminée, il en va autrement lorsque le salarié a délibérément refusé de signer le contrat de mission dans une intention frauduleuse ».

C'est exactement le même type de raisonnement qui a été appliqué en droit international privé pour sanctionner le *forum shopping* bref la manipulation des règles de conflit de loi pour obtenir l'application de la loi désirée⁸.

Dans l'affaire célèbre de la princesse de Beaufreumont⁹ qui a donné naissance à cette théorie, le prince du même nom subi une séparation de corps obtenu par le juge français et grâce à l'acquisition de la nationalité française de la princesse, originellement belge. Mais la princesse ne s'arrête pas là et se rend ensuite dans le duché de Sax-Haltenburg où elle s'installe pour en obtenir la nationalité. Or, d'après la loi de Sax-Haltenburg, les personnes de confession catholique étaient considérées comme divorcées après une décision de séparation des corps. La princesse, de confession catholique, pouvait donc être considérée comme divorcée à l'égard du prince.

Les juges ont considéré qu'il y avait fraude à la loi française car la nationalisation n'avait pour but que d'échapper aux interdictions auxquelles elle devait être normalement soumise. Sa nationalisation puis son second mariage ont été annulés.

Un tel raisonnement a depuis été réitéré dans d'autres cas comme celui d'un français cherchant à échapper à la réserve héréditaire¹⁰.

Il n'est pas besoin de beaucoup plus développer pour se rendre compte que la considération du but poursuivi par les parties conduit à évaluer leur conduite. L'hypothèse que l'argument moral recourt structurellement au critère de la finalité est bel et bien étayée.

III. La proportionnalité comme recherche des buts légitimes

11. Pesée des intérêts et appréciation des buts – Le contrôle de proportionnalité introduit par la Cour de cassation a suscité des appréciations diverses¹¹. Abstraction faite du débat de son bien-fondé, il apparaît que l'appréciation de proportionnalité implique une appréciation des intérêts en présence et des finalités poursuivies. Si l'hypothèse de l'argument moral comme identification des finalités jugées préférables se consolide alors il serait possible de confirmer (sans surprise) que l'argumentation fondée sur les droits de l'homme est de part en part traversée par des considérations axiologiques et morales.

⁸ Cass. civ. 1^{re} 17 mai 1983, n° 82-11.290 et 82-11.402, il y a fraude, lorsque les parties ont volontairement modifié un rapport de droit, « dans le seul but de soustraire ce rapport de droit à la loi normalement compétente ».

⁹ Civ. 18 mars 1878, S. 1878. 1. 193, note Labbé.

¹⁰ Arrêt « Caron », Cass. civ. 1^{re} 25 mars 1985, n° 82-15033.

¹¹ F. Rouvière, « Le contrôle de proportionnalité dans la balance du juge », *RTD civ.* 2017, p. 522 et s. Plus spéc. : approuvant le mouvement : Ph. Jestaz, J.-P. Marguénaud, Ch. Jamin « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, p. 2061-2070 et nettement critique : J.-F. Chenedé, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016, p. 796.

L'affaire emblématique qui a suscité le débat porte sur l'absence de nullité du mariage entre alliés malgré une disposition légale qui prévoit expressément la nullité¹². L'ex-belle-fille avait épousé son ex-beau-père qui était donc à la fois le grand-père (biologique) de son petit-fils et devenu son père par alliance. Néanmoins, ce n'est pas cette situation curieuse qui a suscité le procès, mais l'héritage auquel l'épouse pouvait prétendre en sa qualité de conjoint survivant. Elle entrait ainsi en concurrence avec son ex-mari. Ce dernier a donc demandé une nullité du mariage pour prohibition du mariage entre alliés qui lui a été refusée au motif que le mariage avait duré 22 ans alors que la prescription était de 30 ans ! Difficile de ne pas voir dans cette solution une violation flagrante de la lettre de la loi.

La Cour de cassation a ultérieurement consacré la solution inverse dans un cas similaire en se fondant très précisément sur l'idée de but et de finalité :

« il appartient toutefois au juge d'apprécier si, concrètement, dans l'affaire qui lui est soumise, la mise en œuvre de ces dispositions ne porte pas au droit au respect de la vie privée et familiale garanti par la Convention une atteinte disproportionnée au regard du **but légitime poursuivi** »¹³.

Inévitablement, le critère de la finalité évoque l'analyse aristotélicienne. La finalité est étroitement liée à une appréciation morale ou éthique. Dire qu'un but est préférable sur un autre, c'est lui donner plus de poids, c'est hiérarchiser les objectifs dans une perspective qualitative. Les auteurs qui ont analysé le contrôle de proportionnalité ont donc raison de considérer qu'il y a ici un changement de logique. C'est moins la qualification des faits qui importe que leur appréciation à l'aune des buts poursuivis. C'est dans ce cadre que la Cour a pu implicitement considérer que l'esprit de lucre du fils divorcé était plus blâmable que la vie conjugale illicite du beau-père et de la belle-fille. Il y aurait ici tout un commentaire à faire sur la hiérarchie des valeurs qui a été instituée par les juges.

Si l'hypothèse d'un argument moral structuré par une appréciation fondée sur la finalité se confirme, alors c'est toute l'économie des droits de l'homme qui pourrait s'éclairer. Le raisonnement mené par le juge est très loin d'une application des textes s'il doit chaque fois peser les intérêts en présence et porter des appréciations morales à peine voilées sur les buts poursuivis par les parties en litige. Ceci confirme que la finalité est l'instrument de choix pour infléchir la lettre. En effet, la finalité est rarement donnée telle quelle dans la lettre.

¹² Cass. civ. 1^{re} 4 déc. 2013, n° 12-26066.

¹³ Cass. civ. 1^{re} 8 déc. 2016, n° 15-27201, v. spéc. J. Hauser « Mariage nul : proportionnalité versus réalité », *JCP G* 2017, 166 ; F. Chenedé, « Nullité du mariage entre alliés. Regard rétro-prospectif sur le contrôle de conventionnalité *in concreto* », *D.* 2017, p. 953.

12. La finalité et l'intention du législateur – Si la loi est jugée selon la finalité qu'elle poursuit, son identification peut aussi se réaliser à travers la recherche des objectifs historiques du législateur, en réalité le motif politique de la loi au moment où elle a été votée.

La Cour de cassation n'a pas hésité à verser dans une telle analyse. Selon les juges, le législateur peut adopter en matière civile des dispositions rétroactives lorsque celles-ci obéissent à d'impérieux motifs d'intérêt général. Il peut le faire sans méconnaître les exigences de l'article premier du Protocole additionnel n° 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sur le droit de propriété¹⁴.

Cette solution a été appliquée à une loi instituant une cotisation à la charge des employeurs pour certaines ruptures du contrat de travail car il résultait des travaux préparatoires de cette loi que le législateur avait entendu limiter le recours aux licenciements économiques des salariés âgés de plus de cinquante ans et mettre un terme à des manœuvres qui avaient pour objectif d'éviter le versement de contributions patronales au régime de financement de l'assurance chômage.

Avec ce type de raisonnement, le juge se présente comme le bras armé conduisant à faire respecter la politique législative. C'est ainsi que les magistrats ont sans doute considéré que la finalité était bonne ou préférable sans quoi il ne l'aurait pas faite prévaloir. Ceci confirme encore que la finalité paraît indispensable pour porter une appréciation de type qualitatif.

13. Contre-épreuve: la finalité des choses – La finalité des choses désigne leur fonction. Or le monde des objets dépend étroitement de la fonction qui leur est assignée, elle est même souvent l'essence d'un objet. Un stylo, selon la réflexion de Sartre, est d'abord pensé pour écrire, son essence précède son existence. Aussi, on ne saurait conclure trop rapidement que l'appréciation de la finalité des choses est forcément une façon morale de raisonner.

Par exemple, les juges ont pu décider que la création de terrains de sport n'avait pas pour finalité la production de végétaux et que les infrastructures sportives ne pouvant être assimilées à des parcs et jardins. Les travaux n'étaient donc pas des travaux agricoles¹⁵.

L'usage du critère de la finalité est ici particulier en ce qu'il permet d'appliquer la lettre de la loi et constitue un moyen d'apprécier si une personne réalise une activité agricole. En effet, le seul fait de faire pousser une pelouse n'est pas en soi suffisant pour recevoir une telle qualification.

¹⁴ Cass. soc. 28 mars 2006, n° 04-16.558.

¹⁵ Cass. soc. 20 janvier 2000, n° 98-11338.

La finalité ne paraît alors acquérir un contenu moral ou éthique que dans le domaine de l'action des personnes. La recherche et l'identification de la finalité d'un stade de football permet en effet de comprendre que la pelouse n'est que le moyen d'une activité sportive. En cela, il n'y a pas d'appréciation morale car le comportement ou les intentions d'une personne ne sont pas spécialement scrutés. Au contraire, c'est l'application de la lettre de la loi qui est recherché.

Pour préciser l'hypothèse de la structure finaliste de l'argument moral, on peut ainsi ajouter que la finalité doit être comprise comme une volonté de rupture avec la lettre. Ceci signifie *a contrario* que toute application purement littérale pourrait être critiquée au nom de l'oubli de la finalité. C'est le dernier point à examiner.

IV. Le texte sans la finalité : l'aspect éthique de la critique doctrinale

14. Critique de l'interprétation littérale – L'hypothèse de la structure finaliste de l'argument moral se confirme encore lorsqu'on scrute les critiques doctrinales de la jurisprudence. En effet, les auteurs se fondent sur la finalité des textes pour pointer une lecture considérée comme trop littérale de certaines règles.

Ainsi, dans une affaire plutôt inattendue, deux époux déjà mariés à l'étranger s'étaient remariés en France. Ce second mariage devait-il être annulé en raison de l'interdiction de la bigamie ? L'article 147 du Code civil dispose en effet que l'on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier. Le fait que les époux soient les mêmes entre-t-il bien dans les prévisions du texte ? Les juges ont répondu que « cette circonstance n'était pas de nature à faire obstacle à l'application du texte susvisé »¹⁶.

La solution est pleinement justifiée du point de vue de l'application littérale puisque le texte ne distingue pas selon que le second mariage est contracté entre les mêmes personnes ou pas.

Toutefois, l'un des commentateurs de la décision s'est étonné que l'esprit du texte ait été mis si rapidement de côté¹⁷. En effet, l'empêchement de bigamie est lié au principe monogamique qui interdit d'avoir, en même temps, plusieurs conjoints. Or il est manifeste que ce risque était inexistant en l'espèce puisqu'il s'agissait des mêmes personnes. Le fondement même du texte et sa raison d'être n'étaient donc pas violés par les époux en l'espèce sauf à avoir une appréciation purement formelle de l'interdiction de bigamie.

¹⁶ Cass. civ. 1^{re} 3 févr. 2004, n° 00-19838.

¹⁷ J. Haiseur, obs. à la *RTD civ.* 2004, p. 267.

Ce qui nous intéresse ici est moins la solution de droit positif que la façon dont elle a été critiquée. L'appel à l'esprit du texte sonne comme une recherche de la raison d'être de l'interdiction de la bigamie : refuser qu'une personne puisse avoir deux maris ou deux épouses. La finalité est ainsi convoquée pour combattre le sens littéral du texte dévoilant la compréhension qui paraît préférable au commentateur, celle qui serait meilleure. L'argument moral est donc bien présent.

Un autre exemple confirme parfaitement la mobilisation doctrinale de la finalité pour critiquer l'application jurisprudentielle littérale des textes. Dans la procédure de l'injonction de payer, le code de procédure civile prévoit un délai d'un mois pour faire la demande d'apposition de la formule exécutoire. L'idée du délai est d'éviter que le créancier dispose à loisir d'un titre qu'il pourrait rendre exécutoire et faire ainsi pression sur son débiteur. Toutefois, de façon surprenante les juges ont considéré qu'« aucune disposition n'impose au greffier qui appose la formule exécutoire d'indiquer la date à laquelle la demande a été formée »¹⁸ ce qui abîme la finalité du texte. En effet, comme le relève le commentateur de l'arrêt, « à partir du moment où la loi impose un délai à peine de caducité, il est indispensable de constater que l'acte exigé par la loi a été fait dans le délai prescrit »¹⁹. Si le greffier ne procède pas lui-même à cette constatation, le créancier retrouve une grande marge de manœuvre qui anéantit le délai très court prévu par le code.

Une nouvelle fois, c'est bien la finalité qui est considérée comme révélant le meilleur sens à donner au texte contre une interprétation considérée comme trop exégétique. L'idée d'une supériorité d'un sens sur un autre est bien l'indice d'une appréciation axiologique et morale. L'hypothèse du critère de la finalité pour détecter l'argumentation morale est donc bien un critère à prendre au sérieux.

15. L'argument juridique – Les développements qui précèdent laissent penser que l'interprétation d'un texte par l'esprit vaudrait mieux que sa lettre. Pourtant, ce pourrait être une fausse évidence. L'esprit vaut plus que la lettre dans une perspective morale. Inversement, dans une analyse juridique, c'est bien plutôt la lettre qui reçoit un poids plus important, éventuellement contre l'esprit du texte. Le poids accordé à la lettre est avant tout une garantie contre le pouvoir d'appréciation et d'interprétation du juge. S'en tenir *a minima* au sens littéral garantit sans doute une meilleure anticipation des interprétations possibles.

Il faut encore ajouter que le fait de faire prévaloir l'esprit sur la lettre peut conduire à terme vers une sortie du droit. Faire prévaloir le téléologique et la finalité sur la lettre a été la stratégie de l'interprétation patristique de l'ancien testament au point de le vider de son contenu juridique²⁰.

¹⁸ Cass civ. 2^e, 10 janv. 2008, n° 07-10508.

¹⁹ R. Perrot, obs. à la *RTD civ.* 2008, p. 355.

²⁰ B. Frydman, *Le sens des lois*, Bruylant, 3^e éd., 2013, n° 69, p. 158.

Comme l'a très bien montré un auteur, la primauté de la lettre pourrait bien être une caractéristique propre de l'interprétation juridique²¹. C'est dire que l'interprétation selon l'esprit n'est certainement pas la plus juridique. Elle repose sur le présupposé que le droit vise forcément la réalisation de buts souhaitables et bons. Inversement, cela ne signifie pas que l'interprétation juridique est forcément meilleure que l'interprétation morale. Cependant la distinction des arguments juridiques et moraux permet de mieux comprendre dans quel champ et dans quel type de rationalité est placé le débat. En effet, la neutralité tant recherchée de l'application de la loi semble devoir passer par la primauté de la lettre sur l'esprit. Loin d'être un paradoxe, ce serait bien un caractère de l'herméneutique juridique si du moins l'hypothèse de la finalité comme critère de l'argument moral venait à être confirmée.

²¹ F. Schauer, *Penser en juriste. Nouvelle introduction au raisonnement juridique*, trad. S. Goltzberg, Dalloz, Rivages du droit, 2019, p. 18.

