

PRINCIPE DE L'EFFET UTILE ET SOPHISME DE L'HOMME DE PAILLE :
DROIT TALMUDIQUE ET DROIT FRANÇAIS

[Stefan Goltzberg](#)

Presses Universitaires de France | « Droits »

2019/2 n° 70 | pages 237 à 251

ISSN 0766-3838

ISBN 9782130821243

Article disponible en ligne à l'adresse :

<https://www.cairn.info/revue-droits-2019-2-page-237.htm>

Distribution électronique Cairn.info pour Presses Universitaires de France.

© Presses Universitaires de France. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

PRINCIPE DE L'EFFET UTILE ET SOPHISME
DE L'HOMME DE PAILLE :
DROIT TALMUDIQUE ET DROIT FRANÇAIS

Nous analyserons ici le principe de l'effet utile comme avatar juridique de la dénonciation du sophisme de l'homme de paille. Ce raisonnement est très fréquent en droit talmudique, assez courant en droit de *common law* et plutôt discret en droit français. L'absence d'un procédé dans une culture juridique en dit parfois aussi long que sa présence dans une autre. Le droit français, modérément friand de ce raisonnement, sera mis en contraste avec le droit talmudique, qui en fait grand usage¹. Nous décrirons l'objet de notre analyse du point de vue de l'argumentation générale, puis de l'argumentation juridique.

En argumentation générale, commettre le sophisme de l'homme de paille (*strawman*) équivaut à récuser une thèse qui n'est *soutenable* par personne. La différence entre thèse soutenue et soutenable est importante : en effet, ce n'est pas commettre un sophisme de l'homme de paille que de récuser une thèse qui n'a été soutenue par personne, pour peu que cette thèse *puisse* l'être. L'historien qui serait le premier à décrire une archive peut remettre en question une lecture qui pourrait *raisonnablement* en être faite. Ce n'est donc pas un sophisme de l'homme de paille. Empruntons un exemple à l'histoire des idées juridiques, où l'accusation de formalisme (l'application mécanique des règles de droit sans aucun égard pour le contexte ou les valeurs) prend souvent la forme d'un sophisme de l'homme de paille. Ainsi, de nombreux auteurs critiques du formalisme juridique récuse une doctrine qui ne semble pas avoir été soutenue par quiconque – et, contrairement à l'exemple de l'hypothèse récusee par l'historien ci-dessus, ne serait *soutenable* par personne. La fameuse École de l'exégèse (courant créé *a posteriori* selon lequel le juge ne peut guère s'éloigner du sens littéral) a typiquement fait l'objet d'innombrables critiques qui ne rendent pas compte de ce qu'elle a été – si toutefois elle a existé. D'une manière générale, les auteurs se réclamant du formalisme répondent alors que leurs adversaires commettent un sophisme de l'homme de paille². Reprocher

1. Je tiens à remercier pour leurs précieuses observations sur le texte Sabine Amsellem, Gabriel Benamouzig, Christophe Gurnicky, Ephraïm Kahn et Xavier Thunis.

2. Frederick Schauer, *Penser en juriste. Nouvelle introduction au raisonnement juridique*, trad. Stefan Goltzberg, Dalloz, « Rivages du droit », 2018, p. 31.

à quelqu'un de se livrer à ce sophisme est une critique acerbe, puisqu'il parlerait « pour ne rien dire ».

En argumentation juridique, il existe un principe qui joue un rôle analogue, et qui exige que chaque élément de la loi ou du contrat trouve une application, un effet juridique, une utilité. Il s'agit du principe de l'effet utile, que l'on mobilise notamment en droit européen¹, en droit international public², en *common law*³ et, il est vrai, moins souvent, en droit français⁴. Le principe de l'effet utile refuse que la loi ou le contrat parle en vain. Car parler, c'est exclure : en accordant un droit à un groupe, on le dénie aux autres. En imposant à un groupe une obligation, on indique ne pas l'imposer à tous. En se mettant d'accord sur la vente d'un objet déterminé avec une personne donnée, on exclut les autres objets et les autres personnes de la transaction. Ainsi, le principe de l'effet utile s'oppose à l'idée que la loi ou le contrat écartent des hypothèses déjà exclues : *le principe de l'effet utile est une application juridique de la dénonciation du sophisme de l'homme de paille*. En effet, exiger d'une loi ou d'un contrat qu'il *dise* quelque chose d'utile, c'est refuser qu'en parlant, ces textes aient simplement exclu des hypothèses qui l'étaient d'emblée. Or, le principe « le législateur n'est pas négligent⁵ » fait de ce dernier par excellence un être qui dit quelque chose d'utile, y compris là où la chose semble établie⁶. Une loi ou un contrat présentés comme inutiles, comme n'ayant aucun effet juridique, appellent une nouvelle interprétation : qu'est-ce que le législateur, ou le contractant, a voulu dire dans ce segment apparemment dépourvu d'effet ?

Plus généralement, la remise en question d'une règle énoncée dans une source du droit passe notamment par les deux voies suivantes : (1) montrer que cette règle est contredite par une autre règle ou (2) montrer la trivialité (y

1. « La présomption que les auteurs d'un texte ne l'ont pas adopté pour rien est une directive interprétative ancienne. Ce n'est qu'à l'époque actuelle qu'on lui a donné en français, sous l'influence de la Cour de Luxembourg, le nom d'effet utile. » Voir Guy Canivet, « Activisme judiciaire et prudence interprétative. Introduction générale », *Archives de philosophie du droit*, 2005, p. 7-32 § 13. Voir également Pierre Pescatore, « Rôle et chance du droit et des juges dans la construction de l'Europe », *Revue internationale de droit comparé*, 1974-1, n° 26, p. 11.

2. Robert Kolb, *Interprétation et création du droit international. Esquisse d'une herméneutique juridique moderne pour le droit international public*, Bruylant, Éditions de l'université de Bruxelles, 2006.

3. Le principe de l'effet utile peut entrer en conflit avec un autre principe, *eiusdem generis*. Voir Pierre-André Côté, Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Thémis, 2009, p. 366-368.

4. Alain Sériaux l'appelle le « principe d'efficacité », *Manuel de droit des obligations* [2006], Puf, « Droit fondamental », 3^e éd., 2018, § 55, p. 135.

5. Stefan Goltzberg, *100 principes juridiques*, Puf, 2018, principe § 45.

6. En anglais, on parle du *surplusage canon*, principe qui requiert de donner un effet aux termes de la loi. Voir Antonin Scalia et Bryan Garner, *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts*, St. Paul, Thompson/West, 2012, p. 174-179.

compris la redondance) de ladite règle¹. On saisit intuitivement le caractère problématique, voire rédhibitoire, de (1) la contradiction entre deux règles de droit : la conséquence est qu'une des deux règles doit être abandonnée en totalité ou en partie – c'est cela que visent les différentes théories de l'abrogation. Nous pouvons supposer raisonnablement que cette voie fonctionne de manière assez générale dans les différentes cultures. Précisons que nous parlons de la contradiction entre deux *règles*, car deux *principes* juridiques peuvent s'opposer sans qu'il soit nécessaire de lever cette contradiction². En revanche, (2) l'argument consistant à pointer la trivialité d'une règle de droit – c'est-à-dire la reconnaître comme règle de droit, mais questionner l'utilité de son énonciation ou de sa répétition – est d'une force variable selon les cultures. En effet, alors que la contradiction est un défaut sur lequel tout juriste, et plus généralement, tout locuteur, butte inéluctablement, la redondance ou la trivialité de l'énonciation d'une règle de droit sera, selon les cultures, les époques et les sources du droit, considérée comme problématique ou au contraire tout à fait acceptable. Si la contradiction pose un problème logique (puisque le principe de non-contradiction est alors battu en brèche), la redondance pose uniquement un problème d'argumentation : il existe donc des erreurs d'argumentation qui ne sont pas des erreurs de logique, comme le sophisme de l'homme de paille ou encore la pétition de principe³.

Le présent article entend décrire l'usage qui est fait de cette seconde voie en droit talmudique et en droit français. Nous distinguerons pour chacun des deux droits étudiés l'interprétation des lois et celle des clauses du contrat.

DROIT FRANÇAIS

Il n'existe en France que peu de règles herméneutiques codifiées outre celles régissant l'interprétation des contrats.

« Le code civil ne pose aucune règle sur l'interprétation des lois. Il y avait dans le livre préliminaire, rédigé par les auteurs du code, un titre sur cette matière. Le législateur a cru devoir l'abandonner à la science. Nous croyons qu'il eût été utile de formuler les principes qui régissent l'interprétation des lois. Ils auraient eu, dans la bouche du législateur, une autorité plus grande que celle que la doctrine et la jurisprudence peuvent leur donner. Il y a dans le code un chapitre sur l'interprétation des conventions [...]. Certes, il est plus important de fixer le sens des lois que de déterminer le sens des contrats, car les contrats dépendent des lois. Nous allons essayer de combler cette lacune, en prenant

1. Ces deux voies sont bien décrites pour ce qui est du droit talmudique, in Yuval Blankovsky, *Sur l'interprétation du Talmud* (en hébreu), Jérusalem, Orientation, 2013.

2. Stefan Goltzberg, *100 principes juridiques*, op. cit., « Avant-propos ».

3. Chaïm Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz [1976], 1979, § 57, p. 116.

appui sur le *Livre préliminaire* qui établit les règles fondamentales avec une admirable précision¹ ».

Ainsi, les principes d'interprétation des lois sont à établir par la doctrine et la jurisprudence. En l'occurrence, il ne semble pas que la nature et la hiérarchisation de ces principes soient particulièrement claires ; le principe qui l'emportera dépendra du contexte et de l'époque². Par ailleurs, François Laurent relève que l'interprétation des contrats a pour sa part fait l'objet de codification, mais regrette que tel n'ait pas été le cas pour l'interprétation des lois.

L'interprétation des lois

En droit français, une même règle de droit peut être exprimée dans plusieurs dispositions légales. Ainsi, il arrivera que la Constitution et le Code civil protègent un même droit ou imposent une même obligation. Qu'en est-il de la redondance entre deux articles d'un même code ? Le juriste recourra alors, avec plus ou moins de force, à des raisonnements herméneutiques expliquant les différences entre les articles. Le principe selon lequel *le législateur n'est pas négligent* a donc une portée toute relative en droit français. Cela dit, les juristes peuvent appeler de leurs vœux une refonte de la législation, se souvenant du *Discours préliminaire au projet de code civil*³, qui énonçait : « Il ne faut point de lois inutiles ; elles affaibliraient les lois nécessaires. » En l'absence de règles explicites d'interprétation des lois, il nous revient de nous inspirer d'un exemple qui a fait l'objet d'interprétations très différentes au XIX^e et au XX^e siècle : la théorie des nullités.

Selon le nouvel article 1178, « un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul. [...] Le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé ». La nullité est en effet la sanction principale du non-respect d'une condition de validité du contrat. S'il existe aujourd'hui deux systèmes de nullités (relative et absolue), cela est l'aboutissement d'une histoire, en deux temps principaux. Nous ne nous intéresserons pas au développement du contenu de la notion de nullité, mais uniquement à la manière dont ce contenu a été justifié – ou non – par le principe de l'effet utile. Ainsi, au XIX^e siècle, les variations entre les dispositions légales ont donné lieu à une interprétation rendant compte des différences de formulation du Code civil. Selon ce dernier, la « convention contractée par erreur, violence ou dol, n'est point nulle de plein droit ; elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision » (art.

1. François Laurent, *Principes de droit civil*, Bruxelles et Paris, Bruylant et Durant-Pedone Lauriel, 1869, t. I, § 268, p. 339.

2. Alain Sériaux distingue quatre principes d'interprétation : la primauté de l'esprit sur la lettre, le principe de cohérence, le principe de défiance et le principe d'efficience, *Manuel de droit des obligations, op. cit.*, § 55.

3. Le texte est signé par Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneu et Maleville.

1117 ancien), tandis que l'obligation « sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, *ne peut avoir aucun effet* » (art. 1131 ancien). Ces variantes furent considérées comme n'étant pas synonymes. La doctrine distingua alors obligations annulables, obligations nulles de plein droit et obligations inexistantes. Ces mêmes dispositions furent comprises autrement par la théorie moderne des nullités au XX^e siècle, la classification ne reposant plus sur l'exégèse de différentes formulations du Code civil¹. D'un siècle à l'autre, nous sommes passés d'une analyse de l'effet utile (*ante litteram*) de la formulation de chaque disposition à une approche conciliatrice². Le contenu exact de ces changements doctrinaux nous intéresse moins que le constat selon lequel le principe de l'effet utile est sollicité très différemment selon les époques et toujours simplement comme l'une des techniques *parmi d'autres* de l'interprétation des lois.

Pour résumer, en droit français, le principe de l'effet utile concernant les lois n'est pas prévu par la loi, ni particulièrement organisé par la doctrine.

Interprétation du contrat

Le droit français prévoit toutefois explicitement des règles d'interprétation concernant les clauses du contrat – désormais dans les articles 1188 à 1192 du Code civil. Ainsi, « lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, celui qui lui confère un effet l'emporte sur celui qui ne lui en fait produire aucun » (art. 1191). Cet article vise à donner aux clauses un effet, plutôt qu'aucun, et donc à empêcher une interprétation qui rendrait ces clauses inutiles. Toutefois, le caractère inutile d'une clause doit être préféré à une interprétation qui en ferait une clause abusive ou qui contredirait l'intention des parties : « Naturellement, il vaut quand même mieux déclarer une clause inutile que de contredire l'intention des parties en voulant à tout prix la rendre utile [...]. C'est d'abord l'intention que recherche l'interprète, et l'effet utile n'est qu'un moyen de l'atteindre³. »

Pour conclure, le droit français tantôt « fait prévaloir l'esprit sur la lettre du contrat », tantôt tâche de les concilier : « Le respect de la parole donnée implique, en droit français, le respect de la lettre mais aussi de l'esprit du contrat »⁴. C'est dire combien le principe de l'effet utile voit sa portée limitée

1. Sur la théorie classique et la théorie moderne, voir Rafaël Jafferli, *La rétroactivité dans le contrat. Étude d'une notion fonctionnelle à la lumière du principe constitutionnel d'égalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, § 87-88.

2. Voir Muriel Fabre-Magnan, *Droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral* [2007], Puf, « Thémis », 4^e éd., 2016, § 447-448, p. 505-506.

3. François Gendron, *L'interprétation des contrats*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur Itée, 2016, p. 107. Ce que décrit cet auteur au sujet du droit québécois nous semble applicable au droit français.

4. Ces deux citations sont extraites de Muriel Fabre-Magnan, *Le droit des contrats*, Puf, « Que sais-je ? », 2018, p. 44 et p. 66.

par d'autres principes d'interprétation. Pour le dire autrement, l'utilisation qui est faite en droit français du principe de l'effet utile ne varie pas fondamentalement de l'interprétation quotidienne, reposant sur le bon sens. Des passages apparemment redondants dans la loi ou les contrats sont parfois critiqués mais souvent acceptés en raison de leur caractère pédagogique.

DROIT TALMUDIQUE

Le droit talmudique¹ est marqué par une lecture extrêmement attentive, corollaire de ce que l'on a appelé, après James Kugel, l'omni-signifiante² : le présupposé d'après lequel, ces textes étant parfaits, les moindres détails du Pentateuque et de la Mishna sont porteurs de signification. Une différence importante existe entre le caractère parfait du texte biblique et celui de la Mishna. En effet, dans cette dernière, d'une part, il existe fréquemment différentes versions également recevables alors que le texte biblique est canonisé, de sorte que l'idée même d'une version différente n'est pas recevable. D'autre part, alors que certains détails grammaticaux du texte de la Mishna font l'objet de commentaires serrés (par exemple le caractère masculin ou féminin du mot *derekh*), certaines de ses variantes n'émeuvent nullement ses commentateurs (par exemple les variations de la forme du pluriel en *im* ou en *in*). En généralisant à partir de ces deux points, on peut supposer que le texte biblique est (perçu comme) plus omni-signifiant que celui de la Mishna.

Au sein de la Bible hébraïque, le livre des *Chroniques* se livre à une lecture conciliatrice de certaines contradictions plus ou moins apparentes du Pentateuque, mais ne s'occupe guère des redondances. À ce titre, la doctrine de l'omni-signifiante est postbiblique. La doctrine de l'omni-signifiante eut cours durant la rédaction de la Gemara³ puis fut remise en question durant le Moyen Âge pour resurgir en force dès le XIX^e siècle. Cette doctrine accorde aux textes sacrés des qualités typiquement appliquées durant le Moyen Âge à Dieu lui-même : la perfection – d'où découle une absence de redondance (l'absence de contradiction étant, pour sa part, exigée de n'importe quel texte). Un auteur comme Abraham Ibn Ezra, commentateur de la Bible et poète, remettra volon-

1. Le droit talmudique est un droit dont les sources sont la Bible hébraïque et les sources talmudiques (littérature tannaitique, Gemara, mais également Midrash halakha) et rabbiniques, notamment les commentaires des sources précédentes, les codifications et les *responsa* (recueils de nature doctrinale). Sur les spécificités du droit talmudique, voir François-Xavier Licari, *Le droit talmudique*, Dalloz, « Connaissance du droit », 2015.

2. Yaakov Elman, « Striving for Meaning. A Short History of Rabbinic Omnisignificance », Sheldon Pollock, Benjamin A. Elman and Ku-ming Kevin Chang (dir.), *World Philology*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 2015, p. 63-91. Voir également Kugel, James, *The Idea of Biblical Poetry: Parallelism and Its History*, New Haven, Londres, 1981.

3. Voir Elman, « Striving for Meaning », art. cité, p. 66.

tiers en question la doctrine de l'omni-signifiante des versets bibliques : il n'hésitera pas à décrire certaines répétitions comme simplement rhétoriques ou poétiques. Maïmonide, dans la foulée d'Ibn Ezra, se distanciera de la doctrine de l'omni-signifiante du Pentateuque ou de la Mishna¹. Cette doctrine de l'omni-signifiante est non seulement de mise pour l'interprétation des lois – ce qui se comprend facilement puisqu'il s'agit d'une loi divine – mais également pour l'interprétation des contrats, du moins à l'époque talmudique. Aussi, comme pour le droit français, nous distinguerons l'interprétation des lois et celle des contrats.

L'interprétation des lois

En droit talmudique, l'idée même que le législateur puisse être négligent au point de dire quelque chose de trivial – typiquement, en se répétant – n'est pas bien perçue. En effet, tout se passe comme si les textes législatifs (comme le Pentateuque ou la Mishna) n'étaient pas censés se répéter *en vain*. Comme exemple extrême, il existe des versets juridiques du Pentateuque qui apparaissent plusieurs fois à l'identique : la littérature talmudique y décèle l'indication de trois règles différentes. Ainsi, les trois occurrences du verset « Tu ne cuiras pas le chevreau dans le lait de sa mère » sont interprétées comme portant sur l'interdiction (1) de la cuisson, (2) de la consommation et (3) du profit que l'on pourrait tirer de cette cuisson². Il s'agit là d'une présomption réfragable : il sera toujours possible, à titre d'exception, d'admettre qu'en l'occurrence, le législateur se répète. Mais la règle est qu'il ne se répète pas *en vain*.

Nous nous intéresserons ici à une structure argumentative qui, dans la Gemara, indique l'accusation d'un sophisme de l'homme de paille. Le terme araméen *peshiṭa* signifie « évident ». Cette structure argumentative apparaît lorsque la Gemara commente la Mishna et semble trouver son enseignement trivial (notamment parce qu'il est redondant avec un autre enseignement de la Mishna). La structure, figurant en annexe, est la suivante³ : la Mishna dit *A*. La Gemara s'en étonne : *peshiṭa* ! Non, poursuit la Gemara, cet enseignement n'est pas trivial, car sans lui, tu aurais pu penser *B*, or *B* n'est pas le cas ; il était donc nécessaire de préciser *A*.

1. Mordechai Cohen, *Opening the Gates of Interpretation. Maimonides' Biblical Hermeneutics in Light of His Geonic-Andalusian Heritage and Muslim Milieu*, Londres, Boston, Brill, 2011, p. 195.

2. Sur les autres interprétations talmudiques rendant compte des trois occurrences, voir Yaakov Elman, « Midrash Halakha in Its Classic Formulation », Lieve M. Teugels et Rivka Ulmer (dir.), *Proceedings of the 2002 and 2003 SBL Consultation on Midrash*, Gorgias Press, 2005, p. 13-14.

3. Yitzchak Feigenbaum, *Understanding the Talmud. A Systematic Guide to Talmudic Structure and Methodology*, Jérusalem, New York, Feldheim Publisher, 2^e éd., 1988, p. 79-80.

A ne se trouve pas remis en question comme *énoncé* mais comme *énonciation* : la chose est admise, mais le dire est inadmissible (parce que la chose est déjà connue). L'objection est plutôt osée, puisque le mot *peshûta* signifie *évidemment* ! Mais à cette objection est toujours suivie d'une réponse. En effet, on ne trouve guère dans la littérature talmudique d'exemple d'objection de ce type qui ne donne lieu à une justification. Voici un exemple de ce raisonnement¹. La Mishna enseigne :

« Les femmes, les esclaves et les mineurs sont dispensés :
 –de la récitation du Shema' [texte biblique] et
 –de la pose des Tefillin [phylactères]
 et sont astreints :
 –à la Tefilla [une prière],
 –à la Mezuzza [un texte accroché aux portes des maisons]
 –et au Birkat ha-mazon [une bénédiction de fin de repas] ».

La Gemara reprend la Mishna et s'exclame *peshûta* ! :

« La récitation du Shema', évidemment (*peshûta* !), c'est une obligation positive liée au temps et toute obligation positive liée au temps, les femmes en sont dispensées. Tu aurais pu penser (*mahu detema*) que puisque ce texte contient [la mention du joug de] la royauté du ciel [les femmes y sont tout de même astreintes], voilà pourquoi il était nécessaire de le préciser (*Ka-mashma'lan*²) » (TB Berakhot 20a-20b).

Que s'est-il produit ? La Mishna a énoncé un enseignement portant sur trois types de personnes, leurs dispenses et leurs obligations. Parmi les personnes figurent les femmes et parmi les dispenses figure celle de la lecture du Shema'. On peut résumer, pour les besoins de notre explication, la Mishna ainsi : (*A*) les femmes sont dispensées de la lecture du Shema'. La Gemara s'élève contre la possibilité que la Mishna énonce une telle règle, puisqu'elle est déjà enseignée ou plutôt : on peut la déduire d'une autre Mishna (en l'occurrence Qiddushin 1 : 7). La Gemara poursuit par l'explication : cette règle *A* fait partie des règles dépendantes du temps et les femmes en sont dispensées. Mais tu aurais pu penser (*B*) que la femme n'en serait pas dispensée puisque le principe du joug de la royauté du ciel, c'est-à-dire le fait même d'être soumis aux commandements divins, est commun aux hommes et aux femmes. Cette hypothèse raisonnable *B* est fautive et il était dès lors nécessaire de préciser *A*. Le fait que cette hypothèse soit raisonnable permet d'éviter le sophisme de l'homme de paille.

Cette structure argumentative revient très souvent, plus de 600 fois dans le Talmud de Babylone³. Il n'est pas nécessaire de multiplier les exemples.

1. Parmi les nombreux autres passages, ceux-ci sont particulièrement éloquents : TB Berakhot 47a-47b, TB Sanhedrin 18a-18b, TB Baba Metz'a 77a.

2. Voir en annexe la traduction de chacun des termes techniques figurant dans la structure argumentative.

3. Sur les 920 *peshûta*, 310 sont des *peshûta* qui ne constituent pas une objection mais introduisent un développement. Il en reste donc plus de 600 du type qui nous intéresse ici. Voir Avinoam Cohen, « L'exclamation *Peshûta* dans le Talmud Bavli : contraste entre les amoraïm et les stamaïm » (en hébreu), Arnon Atzmon et Tzur Shafir (dir.), *Ketavor*

Qu'il nous suffise de dire que cette structure est *typique* de la littérature talmudique et que, en ce sens, la chasse à l'énoncé trivial, c'est-à-dire au sophisme de l'homme de paille, est omniprésente. Le principe de l'effet utile bat son plein.

Nous pouvons nous poser la question du caractère trivial ou non des énoncés de la Mishna au sujet desquels la Gemara s'exclame : c'est évident ! (*peshi'a*). Fréquemment, la règle est redondante parce qu'elle a été enseignée dans un traité distinct. La dénonciation du caractère trivial relève donc d'une lecture extrêmement attentive, stratégique¹, (presque paranoïaque) de la Mishna : toute répétition ou redondance est relevée comme une anomalie requérant une *normalisation*, c'est-à-dire une justification de la pertinence de la règle.

Si le caractère trivial de ces énoncés est variable, qu'en est-il des énoncés *objectivement* triviaux (si toutefois une telle chose existe), ou du moins des énoncés sur lesquels tout le monde s'accorde à dire qu'ils sont triviaux ? La Gemara se prononcerait-elle sur de tels énoncés triviaux ? Une telle question suppose que l'on puisse en identifier – chose difficile. Toutefois, certaines règles énoncées de manière (bi)conditionnelle² se rapprochent bel et bien d'énoncés triviaux.

Un énoncé en *si...* peut exprimer un rapport simplement conditionnel (si A, B – sans que non-A implique non-B) ou un rapport biconditionnel (Si A, B – où non-A implique non-B). Pour illustrer cette différence, prenons un exemple simple : dans « Si tu ne joues pas au Loto, tu ne gagnes pas », il n'est pas raisonnable de déduire que « Si tu joues, tu gagnes » – d'où le caractère facétieux du slogan : *100 % des gagnants ont tenté leur chance*. En revanche, si l'on dit à quelqu'un : « Sans acheter de ticket bleu, tu ne pourras pas accéder à l'attraction », on suggère qu'en achetant un tel ticket, il pourra y accéder. Alors que l'exemple de la loterie est un conditionnel, celui du ticket est un biconditionnel. Il serait dès lors curieux de préciser dans le cas du ticket : « sans acheter de ticket bleu, tu ne pourras pas entrer dans l'attraction ; mais avec un tel ticket tu pourras entrer ». Cela semble redondant – cela paraît à plus forte raison redondant dans un texte qui est connu pour être concis, voire apodictique³.

beharim. Études sur la Torah orale offertes au Professeur Joseph Tabory, Alon Shevut, Tevunot Press, 2013, p. 165-191, en particulier p. 168. Pour les 310 *peshi'a* introduisant un simple développement, et qui sont traduisibles par « certes » et sont souvent suivis de « mais ».

1. Stefan Goltzberg, *L'argumentation juridique*, Dalloz, « Connaissance du droit », Paris, 4^e éd., 2019.

2. La littérature sur les conditionnels est immense. Voir notamment Jonathan Bennett, *A Philosophical Guide to Conditionals*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2003.

3. Sur la Mishna comme texte apodictique par rapport à la Gemara comme texte discursif et argumentatif, voir David Weiss Halivni, *La justification de la loi. Midrach, Michnah et Guemara*, trad. Florian Deloup Wolfowicz, Modiin, Éditions Wolfowicz, 2011.

Penchons-nous dès lors sur un exemple d'énoncé (objectivement) trivial. Le traité consacré à Rosh Hashana contient des règles portant sur l'obligation rituelle de faire retentir le *shofar*, un type de corne. La Mishna énonce : « Si celui qui le fait retentir l'a fait avec intention, il est quitte ; autrement, il n'est pas quitte » (Rosh Hashana 3 : 7). Or, le début de la règle semble suffisant¹ : « Si celui qui le fait retentir l'a fait avec l'intention, il est quitte » semble forcément impliquer : « autrement, il n'est pas quitte ». Dans cette mesure, nous aurions pu nous attendre à ce que la Gemara soulève cette bizarrerie : pourquoi la Mishna précise-t-elle ce qui est évident ? De manière surprenante, la Gemara ne soulève pas une telle objection. Pourquoi la Gemara – qui soulève si souvent cette objection dans des cas où la trivialité de la règle de droit n'est pas toujours de la plus grande évidence – reste-t-elle silencieuse ici ?

Un élément de réponse est que la structure argumentative que nous avons décrite (*peshi'a*...) ne vise pas à *décrire* le caractère trivial des passages de la Mishna ; elle vise un double objectif de *justification* : par la forme ou par le fond.

Premièrement, la Gemara peut *reconnaître* partiellement le caractère trivial et le justifier par des considérations formelles ou pédagogiques (parallélisme). Ceci signifie que d'autres paramètres que la pertinence sous-tendent la rédaction de la Mishna. L'omni-signifiante n'est pas l'alpha et l'oméga de la rédaction de la Mishna. En effet, ce texte étant voué à l'enseignement oral doit adopter une forme, un rythme, qui lui permette d'être appris par cœur, retenu et transmis à son tour. Il ne faudrait pas voir dans cette justification du caractère redondant de la Mishna une piètre excuse ; la possibilité pour ce genre de texte d'être enseigné et transmis oralement est au cœur du système pédagogique talmudique.

Deuxièmement, la Gemara peut justifier la pertinence de l'énonciation d'une règle apparemment triviale *en précisant la portée de la règle*² (justification par le fond). Nous nous souvenons que la structure argumentative commençant par *peshi'a* est systématiquement aboutie ; autrement dit, il n'est pas étonnant que la Gemara ne relève pas le caractère trivial d'un énoncé de la Mishna si elle n'entend pas soit invoquer des raisons formelles (qui étaient disponibles), soit *préciser la portée de la règle*. En termes de sources du droit, la Gemara saisit l'opportunité d'une Mishna pour se livrer à un *obiter dictum* – d'un type particulier, puisque typiquement l'*obiter dictum* est une technique judiciaire, une incise qui s'oppose, au sein de la décision de justice, à la *ratio decidendi*, laquelle porte sur le cas d'espèce. L'*obiter dictum* peut se livrer à une élaboration du droit ne concernant pas le cas d'espèce. Ainsi, il est arrivé que la Cour de cassation se prononce, en passant, sur un point de droit ne concer-

1. Un des relecteurs a fait remarquer que la fin aurait également suffi.

2. Le Talmud, nous dit Hallevy, ne cherche pas la vérité, mais le bon et le juste. Qu'il nous suffise de retenir le début de sa phrase : ce n'est pas une entreprise de description mais d'argumentation en vue de certaines fins éthiques et juridiques. Voir E. Hallevy, « Des discussions en *Peshi'a* qui ne sont pas du tout évidentes » (en hébreu), *Proceedings of the World Congress of Jewish Studies*, World Union of Jewish Studies, 1977, p. 129-140, en particulier p. 130.

nant pas le cas d'espèce¹ : en 1969, la Cour de cassation a refusé à une mère une demande de pension alimentaire concernant l'enfant qu'elle avait eu avec son amant. La raison du refus était que l'enfant était légitime, puisque conçu pendant le mariage et non désavoué². La Cour a motivé sa décision en indiquant que l'enfant légitime n'avait pas le droit à une pension alimentaire, contrairement à l'enfant adultérin, incestueux et naturel simple (enfant né hors mariage, mais sans transgression d'alliance ou de parenté). Or, à l'époque, la loi ne prévoyait pas pour ce dernier de pension alimentaire. L'arrêt en question a donc modifié le droit applicable à l'occasion d'un *obiter dictum*.

L'analogie que nous proposons est la suivante. Dans l'arrêt que nous venons de citer, la Cour de cassation a modifié le droit applicable à la faveur d'un *obiter dictum* qui n'avait, par définition, pas d'incidence sur le cas d'espèce : elle a accordé le droit à une pension alimentaire à une catégorie d'enfants qui, à l'époque, n'y avaient pas droit, les enfants naturels simples. Le paradoxe est que l'*obiter dictum* est un passage de la décision de justice qui n'est pas contraignant et que, pourtant, il modifie ici le droit applicable. La solution de ce paradoxe est la suivante : l'*obiter dictum* n'est pas contraignant pour le cas d'espèce, mais peut constituer un fondement juridique pour d'autres cas. De même, la structure argumentative introduite par *peshi'a* donne fréquemment lieu à un développement doctrinal d'un point de droit. La Gemara rejette donc l'idée que la Mishna serait redondante et justifie la pertinence de la Mishna par une discussion doctrinale. Celle-ci aboutit à l'exclusion d'une hypothèse selon laquelle la spécificité du texte récité pourrait conduire à penser que les femmes sont contraintes de lire ce texte – et ce, bien qu'elles soient d'une manière générale dispensées des obligations positives liées au temps. Le rejet de cette hypothèse constitue une occasion de développer un point de droit par ailleurs utile juridiquement. À la différence du caractère exceptionnel de cet *obiter dictum* de la Cour de cassation modifiant le droit applicable, la structure argumentative que nous décrivons dans la Gemara est monnaie courante.

Interprétation des contrats

Le principe de l'omni-signifiante s'applique également en droit des contrats, ou du moins pouvait s'y appliquer à l'époque de la rédaction du Talmud. Le simple rappel apparemment inutile d'une règle conduisit à une interprétation de cette énonciation. Autrement dit, alors qu'en droit français, le rappel d'une disposition légale au sein d'un contrat ne reçoit pas une autre interprétation du seul fait de ce rappel, le droit talmudique admettait cette possibilité. Ce raisonnement rappelle, pour ce qui est de l'omni-signifiante, les

1. Stefan Goltzberg, *L'argumentation juridique, op. cit.*, p. 79-80.

2. Civ. 1^{re}, 20 mai 1969, *JCP*, 1969. II. 16113.

interprétations des trois occurrences d'un même verset biblique. Ainsi, la Mishna énonce :

« [Celui qui vend une maison ne vend] ni le puits ni la citerne [qui se trouvent sur le terrain de la maison. Pour ce qui est de l'accès au puits et à la citerne, le vendeur doit racheter un droit de passage [à l'acheteur de la maison], tel est l'avis de Rabbi Aqiba. Mais les Sages disent : il ne doit pas acquérir de droit de passage [car il conserve ce droit avec le puits et la citerne]. Et Rabbi Aqiba admet que lorsque le vendeur a formulé la vente en disant : [Je vends la maison] sauf eux [le puits et la citerne], il ne doit pas acquérir de droit de passage » (Baba Batra 4 : 2).

La règle est donc que lorsqu'on vend une maison, le puits et la citerne ne sont pas compris dans la maison. C'est une règle supplétive : on peut y déroger en précisant que le puits ou la citerne sont inclus dans la vente de la maison. La controverse porte alors sur la question de savoir si le vendeur de la maison, qui a conservé le puits et la citerne, doit ou non racheter à l'acquéreur un droit de passage. Pour comprendre le phénomène particulier qui est ici à l'œuvre dans l'interprétation du contrat, il est nécessaire de distinguer plusieurs types de clauses inutiles (ou qui semblent inutiles).

Premièrement, il y a celles qui rappellent les règles d'ordre public – ces clauses sont inutiles dans la mesure où le droit applicable serait le même sans leur mention dans le contrat ; on ne peut en effet y déroger. Il y a encore les clauses qui sont inutiles parce qu'elles rappellent les règles supplétives¹ (c'est le cas de notre Mishna) : le puits et la citerne ne sont pas inclus. Seules les clauses qui dérogent aux règles supplétives seraient utiles juridiquement. Par exemple, il serait pertinent de préciser que le puits ou la citerne *sont* inclus dans la vente de la maison.

Ce qui se produit dans cette Mishna est très étrange et il est capital de ne pas négliger ce phénomène. Rabbi Aqiba soutient que la simple mention de la règle supplétive – selon laquelle le puits et la citerne ne sont pas inclus dans la vente de la maison – enseigne que le vendeur a conservé le droit de passage et ne doit pas le racheter à l'acquéreur de la maison. La situation est inédite pour un juriste non habitué au droit talmudique : alors que l'on connaît le principe *quod abundat non vitiat*, selon lequel ce qui est dit en trop ne change rien et surtout ne nuit pas, Rabbi Aqiba donne ici, à une clause clairement inutile (le rappel d'une règle supplétive), un effet utile manifestement différent de ce que la clause énonce littéralement. Là où on se serait attendu à une répétition certes redondante de la loi, la clause du contrat se voit donner un sens tout différent.

1. Une autre typologie des clauses inutiles distingue les clauses sans visée juridique (que l'on pourrait appeler *aggada*), les clauses qui rappellent des règles qui s'appliqueraient de toute manière (qu'elles soient d'ordre public ou supplétives), et les clauses qui sont manifestement illicites, parce que contraires à l'ordre public. Voir Hugues Bouthinon-Dumas et Antoine Masson, « Les stratégies fondées sur les clauses inutiles », in Bouthinon-Dumas, Hugues et Antoine Masson (dir.), *Stratégies juridiques des acteurs économiques*, Larcier, 2012, p. 399-422.



Nous avons indiqué que le principe selon lequel *le législateur n'est pas négligent* est une présomption réfragable : la Mishna est lue comme étant omni-signifiante par défaut, mais il arrive qu'elle ne le soit pas. Autrement dit, « le législateur n'est pas négligent » est un *principe* et non une règle universelle. Ou encore, c'est une règle assortie d'exceptions. Que ces exceptions ne soient pas explicitement présentées comme telles ne change rien à l'affaire. Nous pouvons conclure en affirmant que le droit talmudique fait un usage extrême du principe de l'effet utile et donc de la dénonciation du sophisme de l'homme de paille. La présomption d'après laquelle chaque terme de la loi ou du contrat doit recevoir un effet juridique est certes réfragable, mais plus difficile à renverser que dans d'autres droits. Le contraste est au plus haut lorsqu'on le compare au droit français – lequel s'accommode volontiers de la redondance *entre* sources du droit, voire au sein d'une seule et même source. Le droit français ne connaît pas de principe général portant sur l'effet utile s'agissant de l'interprétation des lois. Le cas d'espèce conduira le juriste à opter tantôt pour une mise en œuvre de l'effet utile, tantôt pour une approche plus conciliatrice des formulations apparemment synonymes des mêmes règles. Quant aux règles d'interprétation contenues dans le Code civil, elles se complètent mutuellement et, en ce sens, constituent davantage des principes entre lesquels il convient d'arbitrer *en contexte* que des règles que l'on pourrait appliquer *hors contexte*¹.

En résumé, on peut considérer que le droit talmudique est plus proche du droit de *common law* : dans les deux cas, une présomption d'effectivité ou d'effet utile est clairement à l'œuvre, pour l'interprétation des lois comme pour celle des contrats. La différence entre droit talmudique et *common law* est une différence de degré : en droit talmudique, la présomption est plus difficile à renverser, le droit français ne connaissant guère cette présomption. Le sophisme de l'homme de paille est la hantise – et donc le moteur – du droit talmudique, alors que son nom est à peine connu du droit français.

1. Sur le caractère relativement *accontextuel* des règles de droit, voir Frederick Schauer, *Penser en juriste*, *op. cit.*

ANNEXE

Voici la structure du raisonnement dont il a été question plus haut dans les paragraphes portant sur le droit talmudique. Il ne porte pas de nom particulier, si ce n'est qu'il commence par la formule *peshi'a*.

Traduction des segments	Texte araméen	Fonction du segment
1) <i>A</i>		Énoncé tannaïtique
2) <i>Évidemment, A, pourquoi le préciser ?</i>	<i>Peshi'a !</i>	Accusation du sophisme de l'homme de paille
3) <i>Non, il faut [le préciser]</i>	<i>La, tsrikha</i>	Affirmation de la nécessité de l'énoncé tannaïtique
4) <i>Parce que tu aurais pu penser B</i>	<i>Hava amina/ salka da'takh amina, /mahu detema</i>	<i>B</i> = Interpretation alternative
5) <i>Mais oui, au fait, ne serait-ce pas B ?</i>	<i>Ve eyma hakhi nami !</i>	Examen de <i>B</i>
6) <i>Non, ce n'est pas B</i>		Rejet de <i>B</i>
7) <i>Il fallait donc préciser que A</i>	<i>Ka-mashma' lan</i>	Justification de (la pertinence de) <i>A</i>

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

- Bennett, Jonathan, *A Philosophical Guide to Conditionals*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2003.
- Blankovsky, Yuval, *Sur l'interprétation du Talmud* (en hébreu), Jérusalem, Orientation, 2013.
- Bouthinon-Dumas, Hugues et Antoine Masson, « Les stratégies fondées sur les clauses inutiles », in Bouthinon-Dumas, Hugues et Antoine Masson (dir.), *Stratégies juridiques des acteurs économiques*, Larcier, « Droit, Management et Stratégies », 2012, p. 399-422.
- Cohen, Avinoam, « L'exclamation *Peshi'a* dans le Talmud Bavli : contraste entre les amoraïm et les stamaïm » (en hébreu), Arnon Atzmon et Tzur

- Shafir (dir.), *Ketavor beharim. Études sur la Torah orale offertes au Professeur Joseph Tabory*, Alon Shevut, Tevunot Press, 2013, p. 165-191.
- Côté, Pierre-André, Beaulac, Stéphane et Devinat, Mathieu, *Interprétation des lois*, 4^e éd., Montréal, Thémis, 2009.
- Elman, Yaakov, « Striving for Meaning. A Short History of Rabbinic Omniscience », Sheldon Pollock, Benjamin A. Elman and Ku-ming Kevin Chang (dir.), *World Philology*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 2015, p. 63-91.
- Feigenbaum, Yitzchak, *Understanding the Talmud. A Systematic Guide to Talmudic Structure and Methodology*, Jérusalem, New York, Feldheim Publisher, 2^e éd., 1988.
- Goltzberg, Stefan, *100 Principes juridiques*, Puf, 2018.
- Goltzberg, Stefan, *L'argumentation juridique*, Dalloz, « Connaissance du droit », 4^e éd. révisée, 2019.
- Hallevy, E. « Des discussions en *Peshi'a* qui ne sont pas du tout évidentes » (en hébreu), *Proceedings of the World Congress of Jewish Studies*, vol. III, « Studies in the Talmud, Halacha and Midrash », World Union of Jewish Studies, 1977, p. 129-140.
- Perelman Chaim, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Dalloz, [1976], 1979.