



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

BANQUE DES MEMOIRES

**Master de Droit public parcours Philosophie du droit et
droit politique
Dirigé par Olivier Jouanjan
2022**

***Chaim Perelman et la Nouvelle
rhétorique juridique***

Omer Sakir

Sous la direction de Olivier Jouanjan



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON - ASSAS

Faculté de Droit
Année universitaire 2021/2022

Chaim Perelman et la Nouvelle rhétorique juridique

Par Omer Sakir

Sous la direction de Olivier Jouanjan, Professeur à l'Université Panthéon-Assas Paris II

*Mémoire de recherche présenté en vue de l'obtention du
Master 2 Philosophie du droit et Droit politique*

Remerciements

Ce travail n'aurait pas pu être réalisé sans le soutien d'un certain nombre de personnes. Je tiens donc à leur adresser mes remerciements sincères pour leur aide.

Je tiens à remercier particulièrement tout d'abord mon directeur de recherche, M. Olivier Jouanjan, qui a accepté de m'encadrer dans ce travail et qui a clarifié mes idées durant cette période d'étude.

Je tiens à remercier Bilgehan Avcı, Gökhan Avcı et Ebubekir Tavacı pour le soutien qu'ils m'ont apporté pendant cette première expérience d'études à l'étranger, tant dans la vie quotidienne qu'universitaire. Ils m'ont encouragé à avoir toujours confiance en mes capacités. Je désire également remercier Claire Dunyach pour son précieux soutien et son amitié pendant cette période.

Enfin, rien de tout cela n'aurait été possible sans le soutien de ma famille. C'est pourquoi je réserve mes plus grands remerciements à ma mère qui a tout fait pour que je mène à bien mes études.

RÉSUMÉ	5
ABSTRACT	6
INTRODUCTION.....	7
PARTIE I : REFUS DU MODÈLE <i>MORE GEOMETRICO ET</i> DU NIHILISME	22
CHAPITRE I - L'impasse de l'École de l'exégèse selon Perelman.....	22
<i>Section 1 - Le droit selon l'École de l'exégèse.....</i>	<i>22</i>
<i>Section 2 – Les critiques de Perelman.....</i>	<i>25</i>
CHAPITRE II - Perelman face au positivisme kelsénien.....	33
<i>Section 1 - Perelman et Kelsen : un dialogue silencieux.....</i>	<i>33</i>
<i>Section 2 - Les critiques de Perelman.....</i>	<i>37</i>
PARTIE II : UNE THÉORIE DE L'ARGUMENTATION : LA NOUVELLE RHÉTORIQUE JURIDIQUE	48
CHAPITRE I - La <i>Nouvelle rhétorique</i> et la logique juridique.....	48
<i>Section 1 - De l'ancienne rhétorique à la <i>Nouvelle rhétorique</i>.....</i>	<i>48</i>
Section 2 - De la rhétorique générale à la rhétorique juridique.....	58
CHAPITRE II - Interprétation, Argumentation et Droit.....	66
<i>Section 1 – Le raisonnable et le déraisonnable.....</i>	<i>67</i>
<i>Section 2 – L'obligation de motivation et les topiques juridiques.....</i>	<i>73</i>
CONCLUSION.....	80
BIBLIOGRAPHIE.....	84

RÉSUMÉ

Dans la pratique judiciaire, l'application formelle de la loi au cas d'espèce peut entraîner des conséquences indésirables, déraisonnables et parfois même inacceptables. Dans une telle situation, le juge est souvent confronté à un choix difficile. Est-ce qu'il doit respecter le droit ou donner la priorité aux valeurs que le droit est censé défendre, comme la justice ou l'équité ? L'objectif de cette étude est d'examiner le rôle de la *Nouvel rhétorique* de Chaïm Perelman dans la résolution de ce problème. La théorie perelmanienne s'est donnée pour tâche de fournir au juge les moyens de concilier le respect du droit et les valeurs que le droit est censé défendre. Dans ce but, le souci de Perelman est d'éviter deux erreurs principales, deux extrêmes dans lesquels le juge peut être piégé, dans un premier temps celle du formalisme et ensuite celle de l'arbitraire. Perelman, en refusant le formalisme et l'arbitraire, attire l'attention sur la nature argumentative du raisonnement juridique. En intégrant la notion d'auditoire particulier dans la rhétorique aristotélicienne, il fait de la rhétorique un instrument précieux pour la logique juridique. Enfin, Perelman souligne l'importance des topiques pour assouplir le droit imposé par le législateur afin de le concilier avec ce qui est considéré comme équitable ou raisonnable.

Mots clés : Nouvelle rhétorique, logique juridique, rhétorique juridique, argumentation, raisonnement juridique, raisonnable, déraisonnable, formalisme, arbitraire, valeur, topique juridique, obligation de motivation.

ABSTRACT

In the judicial practice, the formal application of the law to the case at hand can lead to undesirable, unreasonable and sometimes even unacceptable consequences. In such a situation, the judge is often faced with a difficult choice. Should he or she respect the law or give priority to the values that the law is supposed to defend, such as justice or equity? The purpose of this study is to examine the role of Chaïm Perelman's New Rhetoric in solving this problem. The Perelmanian theory has set itself the task of providing the judge with the means to reconcile respect for the law with the values that the law is supposed to uphold. To this end, Perelman's concern is to avoid two main errors, two extremes in which the judge can be trapped, first that of formalism and then that of arbitrariness. By rejecting formalism and arbitrariness, Perelman draws attention to the argumentative nature of legal reasoning. By incorporating the notion of a particular audience into the Aristotelian rhetoric, he makes of rhetoric a valuable tool for the legal logic. Finally, Perelman emphasizes the importance of topics in softening the law imposed by the legislature to reconcile it with what is considered fair or reasonable.

Keywords: New rhetoric, legal logic, legal rhetoric, argumentation, legal reasoning, reasonable, unreasonable, formalism, arbitrariness, value, legal topics, obligation to state reasons.

INTRODUCTION

« ... une voix d'en haut répondit que
les deux thèses exprimaient la parole du Dieu vivant »

Talmud babylonien, Traité Erubin, 13 B.

Dans le domaine de la théorie juridique, à partir du milieu du XIX^e siècle, le positivisme¹ s'est imposé comme doctrine dominante sur les territoires de différents pays. Les raisons qui ont suscité son émergence, ainsi que les circonstances historiques qui ont favorisé sa durable hégémonie sont néanmoins très différentes dans chacun de ces pays². Il est cependant certain que, dès le milieu du XVII^e siècle, c'était le rationalisme de Hobbes qui avait ouvert, pour la politique et le droit, « la voie royale de la science »³, selon les termes de Simone Goyard-Fabre, « ayant assimilé la philosophie à la science et la science à la connaissance élaborée, selon la *recta methodus*, par la raison, Hobbes a transposé à la politique le modèle géométrique du savoir »⁴. En s'inspirant de Hobbes, les juristes positivistes ont visé à ranger le droit sous la coupe de la science. Comme le résume Simone Goyard-Fabre, le mérite du positivisme juridique consiste à vouloir réaliser la science du droit lui-même ; son objectif est, en suivant une méthode scientifique rigoureuse, d'élaborer une connaissance de la réalité juridique⁵. Avec

¹ Le positivisme a de différentes significations et désigne plusieurs doctrines hétérogènes. De façon générale, il regroupe l'ensemble des écoles qui séparent le fait et la valeur. Norberto Bobbio caractérise, de manière stipulative, le positivisme juridique d'abord de façon négative, puis de façon positive. Selon les caractérisations positives de Bobbio, le mot juspositivisme porte, sans lien nécessaire entre elles, trois différentes significations : une idéologie selon laquelle le droit doit être obéi, une théorie du droit comme ensemble de commandements sanctionnés et, en dernier lieu, un mode d'approche spécifique, caractérisé par la volonté de construire une science du droit (Grzegorzczak Christophe, Morelou Jean-Pierre et Krautter Philippe (dir.), *Le positivisme juridique*, LGDJ [u.a.], 1993, p. 27). D'après Pierre Brunet, Perelman, à qui nous allons consacrer ce présent travail, voit le positivisme sous le seul angle du « positivisme idéologique » tel que l'a identifié Bobbio (Brunet, Pierre, « Perelman, le positivisme juridique et l'interprétation », in *Chaim Perelman (1912-2012). De la nouvelle rhétorique à la logique juridique.*, éd. Benoît Frydman, Michel Meyer, Paris, PUF, 2012, p. 229). Cependant, il n'est pas toujours facile de caractériser précisément ainsi le positivisme que Perelman critique. C'est pourquoi, dans notre travail, il est pertinent de parler du positivisme tel que Perelman se l'imagine. Ainsi que décrit ce positivisme Stefan Goltzberg : « la séparation dichotomique entre les pouvoirs législatif et judiciaire, le caractère automatique de l'application de la loi par le juge, la réduction des sources du droit à la loi, celle-ci étant vue comme complète et jamais contradictoire, réduction qui conduit à une idolâtrie de la loi » (Goltzberg, Stefan, *Chaim Perelman. L'argumentation juridique.*, Paris, Michalon Éditeur, 2013, p. 10).

² Kervégan, Jean-François, « Raison Philosophique et Positivisme Juridique. L'exemple allemand. » in *Cahiers de philosophie politique et juridique*, Centre de publications de l'Université de Caen, 1984-1995, p. 47.

³ Goyard-Fabre, Simone, « De quelques ambiguïtés du positivisme juridique » in *Cahiers de philosophie politique et juridique*, Centre de publications de l'Université de Caen, 1984-1995, p. 41.

⁴ *Ibidem*, p. 41.

⁵ *Ibid.*, p. 37.

une telle intention, les juristes positivistes, parallèlement à la science moderne qui voulait adopter une attitude totalement indifférente aux valeurs, ont exclu toutes sortes de jugements de valeur de leurs champs de recherches. Ils ont limité la tâche de *la science juridique* à l'analyse et à l'explication du droit positif. Dans cette perspective qui est, d'ailleurs, « fidèle à l'*esprit positif* défini par Auguste Comte »⁶, la métaphysique n'occupe aucune place, « son souci d'objectivité et de réalisme écarte délibérément des perspectives essentialistes ou idéalistes »⁷. C'est pour cela que toute référence à des jugements de valeur est dénoncée par le positivisme, au nom du rejet l'arbitraire⁸. D'après les positivistes tous les jugements de valeur sont irrationnels et manquent d'objectivité, c'est la raison pour laquelle ils trouvent inutile une quelconque interrogation sur une valeur comme celle du juste ou de l'équité. Le positivisme juridique s'engage à « exclure le juste de la notion du droit »⁹ :

« ... si le droit veut être une science, le juriste s'occupera, non de valeurs, mais de faits, non du devoir-être, mais exclusivement de l'être ; en conséquence, sa tâche consistera, non à dire le juste, éventuellement contre les lois établies, mais seulement à maintenir la cohérence des lois positives émanant de l'autorité politique, quelle qu'elle puisse être, et à mettre en œuvre le système juridique ainsi institué. »¹⁰

D'autre part, dans cette approche, on voit aussi des traces d'un point de vue weberien selon lequel la science est axiologiquement neutre et les questions relatives aux valeurs (par exemple celle du juste) ne relèvent pas du champ scientifique. Selon Weber, comme le résume Strauss, « d'un fait quelconque, il est impossible de tirer aucune conclusion sur sa valeur »¹¹, en conséquence, puisque les sciences sociales portent sur les faits et que, des faits aux valeurs, depuis les analyses de Hume¹², il n'est aucune transition, il faut que « les sciences sociales

⁶ *Ibid.*, p. 37. Par ailleurs, il faut souligner que d'après Perelman Auguste Comte n'est pas un positiviste, il le précise clairement à ses auditeurs de la Société française de philosophie en ces termes : « Pour moi, Comte n'est pas un positiviste, dans le sens actuel de ce terme, il tient beaucoup plus compte de l'histoire ; il ne fait pas table rase de passé ... » (Perelman, Chaïm, « L'idéal de rationalité et la règle de justice » in *Éthique et Droit*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2011, p. 174-175). A cet égard, Guillaume Vannier interprète les mots de Perelman comme suit : « En bref, Auguste Comte n'est pas positiviste, car il comprend ensemble l'être et le devoir être. Qu'est-ce alors que le positivisme dénoncé par Perelman ? Il réside dans l'adoption du principe selon lequel il est impossible de passer de l'être au devoir-être. ... » (Vannier, Guillaume, *Argumentation et Droit*, Paris, PUF, 2001, p. 26).

⁷ Goyard-Fabre, Simone, *ibid.*, p. 37.

⁸ Goltzberg, Stefan, *ibidem*, p. 16.

⁹ Villey, Michel, *Philosophie du droit*, Dalloz, I, p. 52. (cité par Renaut, Alain « Les positivismes et le droit. Du positivisme philosophique au positivisme juridique. » in *Cahiers de philosophie politique et juridique*, Centre de publications de l'Université de Caen, 1984-1995, p. 11).

¹⁰ Renaut, Alain, *ibidem*, p. 11.

¹¹ Strauss, Leo, *Droit naturel et histoire*, Paris, Éditions Flammarion, 2020, p. 48.

¹² Perelman, Chaïm, *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique*, Paris, Dalloz, 1999, p. 99.

soient éthiquement neutres : les sciences sociales peuvent donner la réponse à des problèmes de fait et de causalité, elles sont incompétentes devant un problème de valeur »¹³. Puisque le droit est envisagé par les positivistes comme un « être » et non comme un « devoir-être », comme un « fait » et non comme une « valeur », ils ont laissé le concept de toutes sortes de valeurs en dehors de leurs domaines de recherche. Ainsi, le positivisme juridique traitait toute activité de l'esprit humain autre que l'observation des faits comme une activité vide ; il a donc rejeté la tendance à rechercher des idées juridiques au-delà du droit positif. Le but premier du positivisme juridique a été, comme le disait Jean-François Kervégan, de « constituer une théorie fondée sur les seules données du droit positif, et d'écarter toutes les axiomatiques meta-juridiques qui lui avaient jusqu'alors offert le fondement rationnel et la mesure critique qu'il paraissait requérir »¹⁴. Ce but est résumé dans cette formule très pertinente de G. Ribert : « Le droit positif tire sa valeur, non de l'idéal qui l'inspire, mais de sa seule existence. »¹⁵

À quoi consiste cette existence du droit positif ? Sur quoi se fonde son autorité ? Les juristes positivistes font à nouveau appel à Hobbes afin d'identifier la source du droit positif¹⁶. C'est pourquoi, affirme Jean-François Kervégan, en général, l'idée que le droit positif est celui qui est établi par l'acte explicite d'une volonté a incité à présenter comme véritables fondateurs du positivisme juridique Hobbes aussi bien que Duns Scott, Guillaume d'Occam ou encore Jean Bodin¹⁷. Chez Hobbes, « le droit n'est pas l'expression de la raison, mais une manifestation de la volonté du Souverain »¹⁸. Le Souverain, ayant un pouvoir presque absolu sur ses sujets, pourra établir librement ses lois à sa guise, à condition qu'il n'attente pas, sans motif valable, à la vie de ses sujets, parce que c'est la crainte de la mort qui est la raison même du contrat social qui constitue l'État¹⁹. Selon les termes de Perelman :

« ... Léviathan, cet être suprahumain créé par la volonté des hommes, un Dieu terrestre, dont la toute-puissance, du moins dans les limites territoriales qui sont les siennes, ne donne lieu à aucun abus : c'est lui qui décide du juste et de l'injuste, et ceci dans l'intérêt de ses sujets. Il s'efforce de les éduquer grâce à une propagande idéologique permanente, de façon qu'ils ne puissent concevoir la justice que comme la conformité aux lois qu'il aura édictées. C'est seulement grâce

¹³ Strauss, Leo, *ibidem*, p. 48.

¹⁴ Kervégan, Jean-François, *ibidem*, p. 47.

¹⁵ Ripert, G., Les forces créatrices du droit, LGDJ, 1955, p. 74 (cité par Goyard-Fabre, Simone, *ibid.*, p. 43).

¹⁶ Perelman, Chaïm, « Ontologie juridique et sources du droit » in *Éthique et Droit*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2011, p. 527.

¹⁷ Kervégan, Jean-François, *ibid.*, p. 50.

¹⁸ Perelman, Chaïm, *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique*, *ibidem*, p. 13.

¹⁹ *Ibid.*, p. 13.

au droit positif, qui détermine les droits et les obligations de chacun, que l'idée de justice acquiert un sens précis. »²⁰

Si le droit naturel se réfère toujours à un principe matériel, le fondement de la validité du droit positif est purement formel : il consiste en la conformité de l'acte qui l'établit, vote du Parlement ou décret ministériel, au système normatif en vigueur²¹. Comme l'a formulé Jean-François Kervégan, « un énoncé est juridique parce qu'il est prescrit dans les formes prévues, et non parce que ce qu'il prescrit est juste »²². Dans l'histoire des idées, Hobbes avait donc introduit la métamorphose radicale de l'idée de droit en lui attribuant une source, une forme et une fonction qui portent la marque de la volonté étatique.

Les approches positivistes ne sont pas seulement inspirées par Hobbes, mais aussi par Montesquieu et par Rousseau. Pour Montesquieu, c'est le législateur qui crée des lois positives, dans chaque État, mais à la différence de Hobbes, ce n'est pas lui qui décide, en toute souveraineté, du juste et de l'injuste ; « il ne fait que sanctionner un droit rationnel préalable »²³. Ayant défini la justice comme « un rapport de convenance, qui se trouve réellement entre deux choses »²⁴, il reconnaît l'existence d'une justice par nature. C'est pourquoi, dans *Cahiers*, affirme-t-il, « Une chose n'est pas juste parce qu'elle est loi ; mais elle doit être loi parce qu'elle est juste »²⁵. Encore une fois, au début de son monumental ouvrage *De l'esprit des lois*, écrit-il : « Dire qu'il n'y a rien de juste ou d'injuste que ce qu'ordonnent ou défendent les lois positives, c'est dire qu'avant qu'on eût tracé de cercle, tous les rayons n'étaient pas égaux. Il faut donc avouer des rapports d'équité antérieurs à la loi positive qui les établit »²⁶. Or, Montesquieu détermine le rôle du législateur comme celui de rendre positifs en les promulguant, les rapports de justice que la raison de chacun ne pourrait manquer de percevoir. D'ailleurs, il trouve dangereux que tous les pouvoirs soient entre les mains d'un souverain absolu, car il pourrait prescrire des lois qui viseraient essentiellement, non pas la justice, mais la légalité de ce qui sert son propre intérêt, ce qui renforce son propre pouvoir²⁷. C'est pour éviter cela qu'il a avancé la théorie de la séparation selon laquelle « le pouvoir législatif n'étant

²⁰ *Ibid.*, p. 14.

²¹ H. Kelsen, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus* (cité *Die philosophischen Grundlagen*), Charlottenburg, 1928, p.68 sq. (cité par Kervégan, Jean-François, *ibid.*, p. 50-51).

²² Kervégan, Jean-François, *ibid.*, p. 51.

²³ Perelman, Chaïm, « La réforme de l'enseignement du droit » in *Éthique et Droit*, *ibid.*, p. 553.

²⁴ Montesquieu, *Lettres persanes (1721)*, LXXXIII.

²⁵ Montesquieu, *Cahiers (1716-1755)*, Paris, Grasset, 1941, p. 393.

²⁶ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, L. I, ch. I.

²⁷ Perelman, Chaïm, *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique*, *ibid.*, p. 14.

accordé ni au pouvoir exécutif, qui pourrait en profiter pour brimer ses adversaires, ni aux juges, qui risquent de formuler des règlements, à l'occasion des litiges, favorisant, pour des raisons souvent inavouables, l'une ou l'autre partie »²⁸. Les juges, pour Montesquieu, ne seront « que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur »²⁹. Il trouve une telle fonction du juge comme une condition de la sécurité juridique, parce que « si les tribunaux ne doivent pas être fixes, les jugements doivent l'être à un tel point qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi. S'ils étaient une opinion particulière du juge, on vivrait dans la société sans savoir précisément les engagements que l'on y contracte »³⁰.

Quant à Jean-Jacques Rousseau tout en s'inspirant de Hobbes, il a identifié le Souverain à la nation, à savoir, la société politique organisée, dont la volonté générale, opposée aux volontés particulières des citoyens³¹. Donc, il a remplacé le Souverain tout-puissant hobbesien par la volonté générale. En définissant la souveraineté comme le pouvoir de légiférer, cette souveraineté, selon lui, ne peut être attribuée légitimement qu'au peuple. Il nie que le souverain s'identifie à une personne naturelle ou à un ensemble de personnes, le souverain est « un être moral et collectif, un *nous* composé de citoyens qui partagent une conception du bien commun »³². En conséquence, cette volonté générale qui détermine le juste et l'injuste, édicte des lois. La législation ainsi établie sera juste quand elle sera mue par l'intérêt général³³. Selon Rousseau, les pouvoirs de la nation souveraine, qui exprime la volonté du peuple, ne peuvent être limités, car la voix du peuple est la voix de Dieu³⁴.

Ainsi que le précise Perelman, « c'est en combinant ces diverses idéologies, que la Révolution française en arrivera à identifier le droit avec l'ensemble des lois, expression de la souveraineté nationale, le rôle des juges étant réduit au minimum, en vertu du principe de la séparation des pouvoirs. »³⁵. La fonction du juge ne sera que celle d'appliquer mécaniquement la lettre de la loi aux situations particulières par une déduction correcte ; le juge n'aura pas le

²⁸ *Ibid.*, p. 15.

²⁹ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, L. XI, ch. VI.

³⁰ *Ibid.*,

³¹ Perelman, Chaïm, *ibid.*, p. 15.

³² Spector, Céline, *Rousseau. Les paradoxes de l'autonomie démocratique*. Paris, Michalon Éditeur, 2015, p. 77.

³³ Perelman, Chaïm, « Ontologie juridique et sources du droit » in *Éthique et Droit*, *ibid.*, p. 537.

³⁴ Perelman, Chaïm, *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique.*, *ibid.*, p. 15.

³⁵ *Ibid.*, p. 16.

droit d'interpréter, parce que l'interprétation risquerait de déformer la volonté du législateur, à savoir, celle de la souveraineté nationale³⁶.

Développé sur ces fondements théoriques, le positivisme juridique, tel qu'il se manifeste chez Austin, en reconnaissant le droit comme l'expression de la volonté du souverain, ne prétend pas que le droit sera nécessairement juste. Il en déduit l'idée que la justice est une catégorie qui n'est pas une question de droit, mais de moralité, le droit n'étant concerné que par la légalité³⁷. C'est le cas aussi pour Kelsen, le positivisme juridique est fondamentalement indifférent aux jugements de valeur, la technique juridique n'étant capable de déterminer que la légalité d'une norme, c'est-à-dire sa validité à l'intérieur d'un ordre juridique élaboré à partir d'une norme fondamentale, mais jamais sa justice, ce qui risquerait de créer une confusion entre le droit positif et le droit naturel³⁸.

Pour le positivisme juridique, le rapport du droit et de la loi sont tels que le droit se limite à la loi et que la loi est exhaustive. Cette loi, qui a tout prévu, attribue au juge une fonction précise : celle d'appliquer mécaniquement la loi au cas d'espèce³⁹. En d'autres termes, le législatif détient le monopole de la création du droit ; le juge, effacé, ne joue aucun rôle dans l'interprétation, il ne s'occupe que de la légalité, il dit ce qui est ou n'est pas conforme au droit. Quant à la justice, malgré son importance, elle ne relève pas du droit positif : elle concerne la morale et religion⁴⁰. Il s'agit, de ce point de vue, de ne pas déplacer la source de la normativité du droit de l'autorité législative vers la décision juridictionnelle, afin de ne pas inverser le légicentrisme positiviste en un empirisme juridictionnel⁴¹.

Mais que faire, comme se le demande Perelman à juste titre, si le législateur lui-même légifère de manière injuste, si un État souverain se comporte de manière criminelle ?⁴² Serait-il toujours raisonnable dans ce cas, de continuer, malgré tout, à défendre le positivisme juridique d'après lequel « la loi est la loi », quel que soit son contenu ? Ce formalisme n'aurait-il pas des conséquences injustes ? Tel était le cas pour les lois national-socialistes, affirme Perelman, dans

³⁶ *Ibid.*, p. 16.

³⁷ Perelman, Chaïm, « La réforme de l'enseignement du droit » in *Éthique et Droit*, *ibid.*, p. 553.

³⁸ *Ibid.*, p. 553.

³⁹ Goltzberg, Stefan, *op. cit.*, p. 15.

⁴⁰ Perelman, Chaïm, « Droit positif et droit naturel » in *Éthique et Droit*, *ibid.*, p. 469.

⁴¹ Melcer, Alain, « Les enjeux philosophiques de la topique juridique selon Perelman », in « *Revue de métaphysique et de morale* », 2010/2 n° 66 | p. 199.

⁴² Perelman, Chaïm, « Le raisonnable et le déraisonnable en droit » in *Éthique et Droit*, Bruxelles, *ibid.*, p. 525.

la mesure où elles étaient iniques, ont été considérées contraires au droit⁴³. Les juges allemands auraient dû appliquer une législation inique, aussi longtemps qu'elle n'avait pas été formellement abrogée.

À partir de la fin de la seconde guerre mondiale, donc, le positivisme juridique a commencé à être remis en question. La principale raison en est que, pour beaucoup, l'approche positiviste du droit avait joué un rôle important dans la légitimation des pratiques nazies⁴⁴. Les juges de l'époque appliquaient mécaniquement les lois publiées à cette époque aux situations qui les précédaient, qu'elles soient justes ou non. C'est pourquoi, il était désormais impossible de défendre le formalisme du positivisme juridique selon Perelman :

« Aussi longtemps que la pratique juridique se s'écartait pas trop de mœurs, des habitudes et des institutions [...] la conception positiviste du droit pouvait exprimer d'une façon suffisante la réalité du phénomène juridique. Mais avec l'avènement de l'État criminel que fut l'État national-socialiste, il a paru impossible, même à des positivistes avérés, tels que Gustav Radbruch, de continuer à défendre la thèse que 'La loi est la loi' et que le juge, en tout cas, doit s'y conformer. Une loi injuste, dire Radbruch, n'est pas du droit. »⁴⁵

Autrement dit, le positivisme est devenu inacceptable, puisque le régime nazi a reposé sur un fonctionnement du positivisme.

Dès lors, les critiques autour du positivisme juridique ont augmenté, et ce alors même que des approches que l'on pourrait qualifier d'anti-formalistes sont devenues l'un des traits saillants de la théorie du droit dans les années 1950⁴⁶. La solution n'était pas encore une fois le retour éternel du droit naturel. Car, comme l'a expliqué Arthur Kaufmann, « la doctrine du droit naturel et le positivisme juridique ne sont pas aussi fondamentalement différents qu'on le

⁴³ *Ibid.*, p. 525.

⁴⁴ Olivier Jouanjan parle de deux thèses tout à fait opposées sur ce point : « Soit l'on fait reproche au « positivisme » juridique d'avoir rendu les juristes allemands impuissants face à l'imposition d'un droit raciste et totalitaire - et telle est la position que défend la célèbre « formule de Radbruch » -, soit l'on considère, tout à l'inverse, que la critique du positivisme, faisant perdre à la doctrine juridique tout repère de scientificité, ouvrait précisément la voie à l'idéologisation du discours des juristes et facilitait ainsi la propagation de la vision national-socialiste du monde dans le milieu juridique » (Jouanjan, Olivier, *Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazi.*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2017, p. 27). Il semble que Perelman a pris parti dans première thèse.

⁴⁵ Perelman, Chaïm, *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique.*, *ibid.*, p. 70.

⁴⁶ Just, Gustavo, « La « jurisprudence herméneutique » et son horizon, l'interprétation entre ses conditions et ses possibilités », *Presses Universitaires de France*, 2004/2 n° 40 | p. 221.

suppose souvent et qu'ils le prétendent eux-mêmes, les deux ont plusieurs points communs »⁴⁷. Dans son article intitulé « Par-delà le droit naturel et le positivisme juridique vers l'herméneutique juridique », Kaufmann relève des ressemblances entre ces deux théories :

« Selon les deux théories, le droit concret et positif est contenu tout prêt dans la norme, c'est-à-dire déterminé à l'avance et donc imperméable à la caractéristique historique du contexte de la décision et inflexible quant à elle. Cette parenté de deux adversaires si farouches que sont le droit naturel et le positivisme juridique peut paraître étonnante, mais elle a tout à fait ses raisons internes : les deux ont une orientation axiomatique, les deux se fondent sur une pensée codificatrice, et, surtout, les deux sont attachés à la philosophie systématique du rationalisme, dont l'objectif consiste à établir un système de conclusions adéquates et exactes. »⁴⁸

Ainsi, les grands « codes de droit naturel » de la fin du XVIII^e et du début du XIX^e siècle avaient tous l'ambition de mettre en œuvre une législation exhaustive des relations juridiques. Le positivisme juridique aussi, au début du XIX^e siècle, a repris cet héritage rationaliste et jusnaturaliste, et a affirmé la cohérence logique et la complétude de l'ordre juridique comme étant un de ses dogmes suprêmes⁴⁹. En somme, les deux doctrines – jusnaturalisme et juspositivisme - étaient toutes deux des systèmes fermés, mais le droit aurait dû être ouvert. Afin de sortir du cercle vicieux entre le droit positif et le droit naturel, il n'existe qu'un seul chemin, comme le disait Werner Maihofer, « le chemin d'une refondation du droit par-delà le droit naturel et le positivisme juridique »⁵⁰. Le droit n'est plus défini donc comme un système de normes de devoir-être absolues et éternellement valides, et il n'est plus identifié à la loi positive. Tous ces efforts pour refonder le droit, plus ou moins explicitement, ont un point de départ commun : l'abandon du dualisme méthodique kantien, de la séparation stricte entre *être* et *devoir-être* ⁵¹.

L'expression la plus importante de ces approches anti-formalistes, comme on peut le deviner facilement à partir de l'adjectif utilisé, consiste en la critique du formalisme du positivisme juridique selon laquelle la décision de justice est ou peut être obtenue ou

⁴⁷ Kaufmann, Arthur, « Par-delà le droit naturel et le positivisme juridique vers l'herméneutique juridique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 82, Université Saint-Louis – Bruxelles, 2019, p. 64.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 64-65.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 65.

⁵⁰ Maihofer (dir.), *Naturrecht oder Rechtspositivismus? [Droit naturel ou positivisme juridique?]*, 1962, « Einleitung » [« Introduction »], p. X. (cité par Kaufmann, Arthur, *ibid.*, p. 61).

⁵¹ Kaufmann, Arthur, *ibid.*, p. 63.

rationnellement justifiée, toujours ou comme règle générale, selon un raisonnement purement déductif, axiologiquement neutre, à partir d'un énoncé normatif *contenu dans, ou extrait de*, la loi. Gustavo Just décrit ces nouvelles approches qui ont émergé dans ce nouvel esprit comme suit :

« L'ouvrage de Viehweg publié en 1953, *Topik und Jurisprudenz*, a dans cette optique un effet déflagrateur, revalorisant, au moment de situer le domaine du savoir des juristes, la distinction entre pensée systématique et pensée problématique (la recherche problématique des prémisses du raisonnement), entre raison théorique (épistème) et raison pratique (*phronésis*), entre la nécessité de la démonstration logique et la plausibilité de la persuasion moyennant la prise en considération des différents points de vue et opinions disponibles sur un problème concret. Cette seule exhumation de la topique est déjà révélatrice d'un vaste arrière-plan historiciste, relativiste, perspectiviste, « problématique », d'une certaine tradition qui s'initiait alors et qui connaîtrait ultérieurement des développements assez hétérogènes, allant du scepticisme rhétorique d'un Ballweg à la théorie de la discussion (ou de l'argumentation) juridique rationnelle d'inspiration habermassienne, en passant par la « nouvelle rhétorique » de Perelman et par la « jurisprudence herméneutique ». »⁵²

Selon Theodor Viehweg, le droit romain médiéval avait un caractère souple, c'est-à-dire, ouvert, donc il était loin d'avoir une méthode rigoureuse. Puis, pendant le passage du Moyen Âge à la Renaissance le droit romain médiéval a connu une métamorphose qui a donné lieu au droit naturel moderne, comme on l'appelle aujourd'hui. Par une perspective moderne, le droit a été reformé selon la méthode *more geometrico* qui est typique des sciences modernes⁵³. Contrairement à ce droit moderne qui reposerait sur le privilège d'une méthode purement déductive, le droit topique antico-médiéval relèverait davantage de la prudence au sens aristotélicien, c'est-à-dire la capacité de juger dans leur contexte des affaires humaines, sans qu'il soit possible de formaliser ce raisonnement dans un système déductif⁵⁴. Pour Viehweg, donc, avant le XVI^e siècle, le droit est ouvert et se ferme ensuite. Viehweg, l'auteur de *Topik et Jurisprudenz*, souhaite renouer avec cette philosophie topique prémoderne⁵⁵.

⁵² Just, Gustavo, *ibidem*, p. 221.

⁵³ En revanche, selon la remarque de Stefan Goltzberg « d'après certains auteurs, dont Bermann, c'est bien plutôt les sciences modernes qui sont une conséquence de la formalisation du droit par les savants médiévaux ». (Goltzberg, Stefan, « Les sources perelmaniennes entre Athènes, Rome et Jérusalem », in Frydman, Benoît et Meyer, Michel (éds), *op. cit.*, p. 258).

⁵⁴ *Ibidem*, p. 257.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 257-258.

Les recherches menées dans ce contexte, dans un cadre de la discussion germanique des méthodes d'interprétation, en rencontrant la pensée de Gadamer, a donné lieu à la « jurisprudence herméneutique ». Pendant les années 1960, des concepts tels que « *pré-compréhension* » et « *cercle herméneutique* » ont été assimilés par des études consacrées, en premier lieu, à l'application du droit dans des domaines spécifiques comme le droit pénal (Hassmer) ou constitutionnel (Müller) culmine avec l'ouvrage fondamental de Esser, *Pré-compréhension et choix de la méthode*, de 1970⁵⁶. Cette approche herméneutique du droit, a donné lieu à la conviction que la « justesse » du droit ne peut être fondée uniquement sur les normes juridiques, mais qu'elle est immanente aussi aux états de fait sociaux, plus précisément à la dialectique entre état de fait et norme, entre *être* et *devoir-être*. Cela veut dire toutefois que, comme l'a affirmé Kaufmann, « la “justesse du droit” n'existe pas en tant qu'objet ou état prêt à être repéré, mais qu'elle se réalise plutôt dans un *processus historique* permanent »⁵⁷. Donc, la question ne porte plus sur la manière de réaliser le droit par une déduction logique de normes immuable, mais elle consiste plutôt à comprendre le droit de manière herméneutique à partir d'« un langage vivant et historique »⁵⁸.

D'autre part, Habermas a essayé de reconstruire les systèmes des droits sur la base de la théorie de la discussion, c'est-à-dire « selon une approche rendant compte de la légitimité de la légalité, sans la réduire à la forme légale elle-même (Weber), ni à sa conformité à un ensemble “extralégal” de droits naturels, comme semble le faire Kant »⁵⁹. Par-delà positivisme juridique et jusnaturalisme, la rationalité communicationnelle élaborée par Habermas ouvre en effet un nouveau chemin en plaçant au cœur du processus de légitimation des normes sociales, avant le droit et la moralité, le principe quasi transcendantal de discussion⁶⁰. Or, Habermas considère le droit comme « *catégorie de la médiation sociale entre factualité et validité* »⁶¹, autrement dit, ainsi que l'explique Édouard Challe le droit :

« porte en lui la tension fondamentale de sa positivité de fait, au sens où le droit est toujours un corps de propositions édictées dans un contexte historique et géographique donné, et sa

⁵⁶ Just, Gustavo, *ibid.*, p. 221.

⁵⁷ Kaufmann, Arthur, art. préc., p. 64.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 64.

⁵⁹ Challe, Édouard, « Jürgen Habermas et le fondement communicationnel du droit », *Association Le Lisible et l'illisible* | « Le Philosophoire » 1999/3 n° 9 | p. 197.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 197.

⁶¹ *Ibid.*, p. 178.

prétention à la légitimité, dans la mesure où les prescriptions que sont les propositions juridiques ont une valeur normative qui doit transcender leur contexte de production. »⁶²

Quant à Chaïm Perelman, à qui nous allons consacrer ce présent travail, sa théorie de l'argumentation aussi est née dans un tel esprit anti-formaliste. Mais, parmi ces différentes réflexions et bien d'autres, pourquoi se pencher spécifiquement sur celle de Perelman ? Qu'est-ce qui rend la théorie de l'argumentation élaborée par Perelman particulièrement digne d'être examinée ? Au moins deux différents intérêts peuvent être mentionnés.

D'abord, il convient de noter que, pour mener à bien son œuvre sur l'argumentation juridique, Perelman a organisé un véritable travail collectif avec ses collègues et amis juristes de l'Université libre de Bruxelles, professeurs et praticiens, qu'il réunit autour de lui dans la section juridique du Centre national de recherches logiques, puis au sein du Centre de philosophie du droit, qu'il a fondé avec ses collègues Paul Foriers et Henri Buch en 1967. Donc, dans sa dimension juridique, l'apport de La Nouvelle Rhétorique est le produit d'une rencontre féconde et l'œuvre d'une équipe, que l'on a pu judicieusement nommer « l'École de Bruxelles »⁶³. Même aujourd'hui, sous le toit de cette école qu'il a fondée, les travaux dans ce domaine sont toujours poursuivis par ses élèves après lui. Il a laissé un héritage vivant derrière lui.

Ensuite, il faut souligner que les nouveaux concepts développés par Perelman, et ses amis ont été très rapidement intégrés par des relais efficaces dans la pratique judiciaire pour opérer des changements profonds et durables dans le contenu même du droit. Le fait que les idées qu'il a avancées aient trouvé un écho remarquable dans la pratique juridique, donne une place particulière à la théorie de l'argumentation de Perelman.

« Si notre siècle doit se dégager définitivement du positivisme, il a besoin d'instruments qui lui permettent de comprendre ce qui constitue le réel humain »⁶⁴, écrit-il, en 1950. Avec une telle intention, à la suite de ses remarquables travaux, il va trouver un instrument précieux dans l'antiquité pour tous les domaines de la culture humaine, y compris le droit. Selon lui, un

⁶² *Ibid.*, p. 185.

⁶³ Frydman, Benoît, « Perelman et les juristes de l'École de Bruxelles », in Frydman, Benoît et Meyer, Michel (éds), *ibid.*, p. 229.

⁶⁴ Perelman, Chaïm, « Logique et Rhétorique » in *Rhétoriques*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2012, p. 95.

renouveau de la rhétorique serait conforme à « l'aspect humaniste des aspirations de son époque »⁶⁵. Perelman constate donc l'importance de cette nouvelle rhétorique comme « instrument de la raison pratique et plus particulièrement pour la logique juridique »⁶⁶. À partir de la rhétorique dont Aristote fait « l'analogue »⁶⁷, « le miroir »⁶⁸ de la dialectique, Perelman va élaborer une logique proprement juridique. D'où, il a développé une théorie de l'argumentation juridique au-delà du droit naturel et du positivisme. Le renouveau de la rhétorique effectué par Perelman ne se borne toutefois pas à rappeler la pertinence et l'actualité de la rhétorique classique afin d'expliquer le raisonnement des avocats. Perelman pousse l'examen plus loin, comme le dit Alain Lempereur dans l'« Introduction » d'*Éthique et droit* :

« il étudie l'étape d'argumentation suivante dans un procès, celle où les juges eux-mêmes, après avoir écouté les thèses opposées des avocats des deux parties comme ébauche possible de leurs décisions, sont amenés à exprimer à leur tour leurs convictions, à construire une décision motivée en reprenant la pertinence de tel argument et de tel autre, à chaque fois qu'ils le jugent pertinent. »⁶⁹

Dans son article « *Logique et rhétorique* », écrit en 1950, Perelman affirme que « Le juge éclairé est celui qui décide après avoir entendu le pour et le contre. Nous pourrions dire que la rhétorique, plutôt que de former le plaideur, doit former le juge »⁷⁰. Dès le début la Nouvelle rhétorique semble être fondée sur un modèle juridique⁷¹. À partir des années 1960, Perelman va changer la direction, et il va évoquer le droit dans son identité, dans son contenu propre. Selon les termes de Guillaume Vannier :

« Il ne s'agira plus d'éclairer la notion d'argumentation par le modèle du juge, mais au contraire de comprendre le droit par la rhétorique. En somme, *une nouvelle rhétorique, spéciale et non plus générale, une rhétorique proprement juridique devra décrire la spécificité du raisonnement du droit.* »⁷²

⁶⁵ *Ibidem*, p. 95.

⁶⁶ Perelman, Chaïm, *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique*, *op. cit.*, p. 103.

⁶⁷ Aristote, *Rhétorique*, texte établi et traduit par Médéric Dufour et André Wartelle, Paris, Gallimard, coll. « Tel », 2014, p. 16.

⁶⁸ Meyer, Michel, *La Rhétorique d'Aristote. Un commentaire raisonné.*, Paris, Vrin, coll. « Bibliothèque d'histoire de la philosophie », 2020, p. 34.

⁶⁹ Lempereur, Alain, « Introduction » in Perelman, Chaïm, *Éthique et Droit*, *op. cit.*, p. 8-9.

⁷⁰ Perelman, Chaïm, « Logique et Rhétorique » in *Rhétoriques*, *ibid.*, p. 94.

⁷¹ Vannier, Guillaume, *op. cit.*, p. 101.

⁷² *Ibid.*, p. 102.

Dès lors, la logique juridique est traitée par la rhétorique⁷³. La *Nouvelle rhétorique* se justifie donc de manière circulaire, le droit fournit une confirmation à la rhétorique générale, mais dans la mesure où il est lui-même étudié par une rhétorique spéciale. « Le droit est à la fois le modèle de référence de la rhétorique, et l'objet propre d'une rhétorique spéciale effective »⁷⁴, comme l'explique Guillaume Vannier.

Perelman, soucieux d'une rhétorique résolutoire vertueuse, d'« une bonne rhétorique »⁷⁵, selon les termes d'Alain Lempereur, « donne ainsi ses lettres de créance au champ du raisonnable en droit »⁷⁶, « il le distingue du champ rationnel, où la logique impose par la démonstration une réponse unique, une fois pour toutes sans plus de discussion »⁷⁷. La rhétorique, chez Perelman, porte un sens différent de la logique formelle, elle s'intéresse non à la vérité abstraite et catégorique, mais à l'adhésion. Selon lui, la rhétorique a pour objet « de produire ou d'accroître l'adhésion d'un auditoire déterminé à certaines thèses et son point de départ sera l'adhésion de cet auditoire à d'autres thèses »⁷⁸. Contrairement au discours *more geometrico* de la logique formelle, Perelman, dans la perspective globale de la *Nouvelle rhétorique*, souligne l'importance d'une conception non absolutiste de la justice, qui se développe à partir d'une argumentation raisonnable, prudente, fondée sur le sens commun et le consensus⁷⁹. D'après lui, la justice peut contredire la vérité, car la justice est fondée sur la liberté, devant laquelle se présentent plusieurs choix possibles. Ce pluralisme est reconnu dans un passage du Talmud de Babylone, qui est inlassablement cité par Perelman : dans un cas de conflit entre l'école de Hillel et celle de Chamaï, le Talmud nous raconte ce que dit le rabbin Abba, au nom de du rabbin Samuel, « ce dernier, s'adressant au ciel pour connaître la vérité, une voix d'en haut répondit que les deux thèses exprimaient la parole du Dieu vivant »⁸⁰. « Les deux thèses, en étant diamétralement opposées, méritent un égal respect, dit Perelman, car elles expriment un avis réfléchi et autorisé ; en ce sens, elles sont toutes deux raisonnables »⁸¹. Donc, « il est partisan, [...], d'une vision pluraliste des valeurs, d'une critique de la nécessité et de l'évidence »⁸².

⁷³ *Ibid.*, p. 102.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 105.

⁷⁵ Cassin, Barbara, « “Les rhétoriques de Platon à Perelman” », in Meyer, Michel et Lempereur Alain (éd.), *Figures et conflits rhétoriques*, Bruxelles, Éditions de l'Université Bruxelles, 1996, p. 17.

⁷⁶ Lempereur, Alain, *ibid.*, 2011, p. 12.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 12.

⁷⁸ Perelman, Chaïm, *ibid.*, p. 73.

⁷⁹ Lempereur, Alain, *ibid.*, p. 15.

⁸⁰ Perelman, Chaïm, « Désaccord et rationalité des décisions » in *Éthique et Droit*, *ibid.*, p. 428.

⁸¹ *Ibid.*, p. 428.

⁸² Lempereur, Alain, *ibid.*, p. 16.

Néanmoins, alors que Perelman élabore une philosophie du droit et de l'argumentation qui relégitime les valeurs, et qu'il représente d'une telle vision pluraliste des valeurs, il partage avec le positivisme le rejet de l'arbitraire⁸³. Le philosophe de Bruxelles considère la reconnaissance d'une marge de manœuvre arbitraire du juge comme l'aveu d'un échec, puisque pour lui, comme pour le positivisme classique, la tâche de toute la théorie du droit est de limiter l'arbitraire du juge⁸⁴. C'est pourquoi, chez Perelman, l'arbitraire est qualifié, donc, de déraisonnable, injuste et également contraire au bon sens :

« Dire de quelqu'un qu'il est capable de jugement, c'est affirmer sa capacité de choisir ou de décider d'une façon non-arbitraire, c'est-à-dire d'une façon raisonnée, et de préférence raisonnable, qui ne s'oppose pas sans raison au sens commun, qui manifeste du « bon sens » »⁸⁵

En somme, Perelman, tout s'inspirant de l'ancienne rhétorique, par sa théorie de l'argumentation juridique, en évitant à la fois du formalisme et du nihilisme, de la folle logique du *Befehl ist Befehl* et de l'arbitraire du juge, a essayé de fournir au juge les moyens de concilier le respect du droit et le respect de valeurs que le droit est censé défendre. Comment procède-t-il ? Quels moyens devraient être mis en œuvre, selon Perelman, afin de privilégier une « logique de l'acceptabilité » pour rejeter ce qui est « déraisonnable » ?⁸⁶

Souvent, la meilleure façon d'analyser un concept ou une théorie est de le présenter à partir de sa négation ou des doctrines dont il est issu, en réaction à ces dernières. À ce titre, Perelman insiste sur le fait que chaque philosophie se caractérise par ce qu'elle refuse. Le bon traitement de la théorie d'argumentation juridique élaborée par Perelman, donc, repose sur ses critiques des approches, des attitudes contre lesquelles il construit sa théorie⁸⁷. Donc, puisqu'il a bâti toute sa philosophie et particulièrement sa théorie de l'argumentation contre une philosophie positiviste, il faut partir d'elle.

⁸³ Frydman, Benoît, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Penser le droit », 2007, p. 137.

⁸⁴ Goltzberg, Stefan, *Chaim Perelman. L'argumentation juridique.*, op. cit., p. 33.

⁸⁵ Perelman, Chaïm, *Le Raisonnable et déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique.*, Paris, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de philosophie du droit », 1984, p. 143.

⁸⁶ J Bergel, Jean-Louis, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 3e éd., 1999, no 252, p. 274-275.

⁸⁷ Perelman, avant de nous présenter sa *Nouvelle rhétorique*, consacre un chapitre entier de sa *Logique juridique* à la réfutation des écoles positivistes. (Perelman, Chaïm, *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique*, op. cit., pp. 21-96).

Dans un premier temps, il conviendra d'examiner l'École de l'exégèse et la Théorie pure de droit de Hans Kelsen d'un point de vue perelmanien (**Première partie**).

Dans un second temps, il s'agira de se concentrer sur les réponses apportées à la question de l'argumentation juridique par Perelman dans le cadre de la *Nouvelle Rhétorique*, et de s'interroger sur ses limites (**Deuxième partie**).

PARTIE I : REFUS DU MODÈLE *MORE GEOMETRICO* ET DU NIHILISME

Si l'on considère l'ensemble des ouvrages de Perelman, il conviendra mieux pour le but de ce présent travail d'examiner les critiques de Perelman à travers deux figures importantes du positivisme juridique : l'École de l'exégèse et la Théorie pure de droit. D'abord, nous allons nous concentrer sur les critiques de Perelman à l'égard de l'École de l'exégèse (**Chapitre I**). Ensuite, nous allons examiner les enjeux de de la théorie pure du droit d'un point de vue perelmanien. (**Chapitre 2**).

CHAPITRE I - L'impasse de l'École de l'exégèse selon Chaïm Perelman

Dans ce chapitre, afin de mieux comprendre les critiques de Perelman, nous allons d'abord examiner les principes de base de l'École de l'exégèse (**Première Section**), puis nous examinerons les points où sont rassemblées les critiques de Perelman contre cette école (**Deuxième Section**).

Section 1 – Le droit selon l'École de l'exégèse

Au XIX^e siècle, les commentateurs français du Code civil ont adopté une méthode dite exégétique, se référant à l'exégèse biblique. Malgré l'absence d'uniformité parmi ces auteurs, la doctrine civiliste française de 1804 aux années 1880 présente un certain nombre de caractères et c'est pourquoi, d'une manière générale, depuis les travaux de Julien Bonnecase (1878-1950),⁸⁸ on les regroupe ¶ sous le nom d'École de l'exégèse⁸⁸. Il ne fait aucun doute que cette école n'a pas émergé de manière isolée, indépendamment des autres disciplines contemporaines, mais qu'il s'agit plutôt d'un mouvement auquel le contexte de l'époque a conduit. Car, ainsi que le souligne Benoît Frydman en 1994 :

« si l'interprétation joue un rôle essentiel en droit, il n'en va pas autrement pour les sciences humaines constituées au siècle dernier, qu'on a pu qualifier, à la suite de Dilthey, de « sciences herméneutiques ». La période traditionnellement assignée en droit à l'École de l'exégèse (1804-1880) est marquée ailleurs par la montée en puissance d'une nouvelle discipline « scientifique

⁸⁸ Halpérin, Jean-Louis. « École de l'exégèse », Encyclopaedia Universalis [en ligne], consulté le 5 juillet 2022.

», la Philologie, dont les méthodes remplacent celles de l'herméneutique traditionnelle dans l'interprétation des Écritures bibliques et des monuments de l'Antiquité. »⁸⁹

Frydman, néanmoins, est prudent et adopte une vision plus large qu'un simple rapport de cause à effet entre l'École de l'exégèse et la philologie allemande :

« L'École de l'exégèse paraît à l'évidence davantage liée au phénomène français de codification et au positivisme juridique qu'à la philologie allemande. Il faut reconnaître ici deux processus parallèles plutôt que d'en chercher vainement la continuité dans un illusoire rapport de cause à effet. »⁹⁰

De toute façon, conformément à l'esprit de l'époque, l'École de l'exégèse était la doctrine dominante dans la théorie du droit pendant XIX^e siècle. « Cette école prétendait réaliser l'objectif que se sont proposé les hommes de la Révolution, dit Perelman, de réduire le droit à la loi, et plus particulièrement le droit civil au Code Napoléon »⁹¹. Cette pensée s'incarnerait effectivement, selon une phrase de Bugnet, dans une époque prisonnière des illusions du panlégisme : « Je ne connais pas le droit civil, je n'enseigne que le Code Napoléon »⁹², disait-il. En effet, les projets de codification, et surtout la Révolution française vont ouvrir la voie à un « panlégisme du droit positif »⁹³ qui consiste à croire que tout le droit peut s'identifier à la loi. Il propose donc d'imposer une théorie de la séparation institutionnelle de la raison pratique et de la raison théorique, selon laquelle la fonction du juge doit être réduite seulement à l'application des lois édictées par le législateur⁹⁴. Étant une figure du positivisme postrévolutionnaire, l'École de l'exégèse, fidèle à la séparation des pouvoirs, identifie le droit à la loi, et le rôle du juge à la simple formulation du syllogisme judiciaire. Comme l'explique Perelman :

« la séparation des pouvoirs signifie qu'il y a un pouvoir, le pouvoir législatif, qui par sa volonté fixe le droit qui doit régir une certaine société ; le droit est l'expression de la volonté du peuple, telle qu'elle se manifeste par les décisions du pouvoir législatif. D'autre part, le pouvoir judiciaire dit le droit, mais ne l'élabore pas. Selon cette conception le juge applique tout

⁸⁹ Frydman, Benoît. « Exégèse et Philologie : Un cas d'herméneutique comparée », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 33, no. 2, 1994, p. 60.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 71.

⁹¹ Perelman, Chaïm, *ibid.*, p. 23.

⁹² Goyard-Fabre, Simone, art. préc., p. 30.

⁹³ Vannier, Guillaume, *op. cit.*, p. 109.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 108.

simplement le droit qui lui est donné... Cette conception conduit à une vision légaliste ; la passivité du juge satisfait notre besoin de sécurité juridique. »⁹⁵

En conséquence, le rôle du juge est conçu comme un rôle auxiliaire par les juristes de l'Exégèse. Selon eux, le raisonnement du juge est limité à l'application du syllogisme judiciaire, c'est-à-dire, selon les termes de Stefan Goltzberg, « ce raisonnement dont la prémisse majeure est l'article de loi, la prémisse mineure est le cas d'espèce qualifié et la conclusion est la décision judiciaire – tout entière déduite des prémisses »⁹⁶. Ainsi le juge est-il considéré comme le « serviteur de la loi »⁹⁷, ainsi que « le porte-parole de la loi »⁹⁸, ou bien selon la célèbre expression de Montesquieu, devenue proverbiale, les juges sont « les bouches de la loi »⁹⁹. En conséquence, le juge remplit une fonction quasi impersonnelle¹⁰⁰.

Pourtant, il faut préciser qu'il y a une distinction entre la simple description des faits et leur qualification juridique et souvent la transition entre la description et la qualification n'est pas aussi évidente, « car les notions sous lesquelles il s'agit de subsumer les faits peuvent être plus ou moins vagues, plus ou moins imprécises, et la qualification des faits peut dépendre de la détermination d'un concept, résultant d'une appréciation ou d'une définition préalable »¹⁰¹. C'est pourquoi, comme l'a dit Perelman « bien souvent, la compréhension, et l'application, d'un texte légal, ne peuvent se concevoir sans le recours à une appréciation, à un jugement d'importance ou de valeur »¹⁰². On pourrait recourir à l'intention du législateur pour déterminer le sens exact de la lettre de la loi. Mais, « si une pancarte signale aux voyageurs qu'il leur est interdit de pénétrer sur les perrons de la gare en compagnie d'un chien, le préposé doit-il en permettre l'accès à un voyageur tenant en laisse un ours apprivoisé ? Faut-il faire prévaloir la lettre ou l'esprit du règlement, c'est-à-dire l'intention du législateur ? »¹⁰³. Même si l'on tient compte de l'intention du législateur, sur certains points des divergences d'interprétation peuvent naître. Autrement dit, le recours à la volonté du législateur, pour interpréter un texte légal, peut être ambigu. « S'agit-il d'une volonté nettement exprimée ? »¹⁰⁴ demande Perelman. À titre d'exemple, les notions d'*équité*, d'*intérêt public*, d'*urgence*, de *bonnes mœurs*, font

⁹⁵ Perelman, Chaïm, *ibid.*, p. 24.

⁹⁶ Goltzberg, Stefan, *op. cit.*, p. 22-23.

⁹⁷ Perelman, Chaïm, *ibid.*, p. 38.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 39.

⁹⁹ Montesquieu,

¹⁰⁰ Goltzberg, Stefan, *ibid.*, p. 23.

¹⁰¹ Perelman, Chaïm, *ibid.*, p. 34.

¹⁰² *Ibid.*, p. 35.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 34-35.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 54.

appel à des critères, des « standards » que le législateur n'a pas définis. Parfois, le législateur veut diminuer le pouvoir d'appréciation du juge, et il essaye de préciser les termes de la loi en introduisant des éléments quantitatifs dans la mesure du possible, mais cette opération n'est pas toujours faisable. D'après Perelman, réduire à néant ce pouvoir d'appréciation, attribuer au juge une fonction quasi impersonnelle, posera toujours des problèmes pendant les processus des qualifications juridiques des faits. Mais les juristes de l'École de l'exégèse pensaient différemment.

L'École de l'exégèse était fondée sur l'idée selon laquelle « les codes ne laissent rien à l'arbitraire de l'interprète »¹⁰⁵ disait François Laurent. Cette idée suppose que le système de droit soit complet et cohérent. Par ailleurs, selon l'article 4 du Code Napoléon, « le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice »¹⁰⁶. Cette proclamation du Code oblige le juge, dit Perelman, « à traiter le système de droit comme complet, sans lacune, comme cohérent, sans antinomies, et comme claire, sans ambiguïtés donnant lieu à interprétations variées »¹⁰⁷. C'est dans un tel esprit que les juristes de l'École de l'exégèse essayent de limiter le rôle du juge à l'établissement des faits, et à leur subsomption sous les termes de la loi¹⁰⁸. Si le juge exerce une fonction subordonnée, c'est parce qu'un texte présumé clair lui est imposé. « La clarté de ce texte n'est pas seulement un fait de langue, dit Goltzberg, mais aussi un postulat intellectuel qui a des conséquences juridiques »¹⁰⁹. Voyons maintenant comment l'École de l'exégèse traite le concept de clarté et la critique de Perelman.

Section 2 – Les critiques de Perelman

Sous cette section, nous analyserons d'abord la critique de Perelman à l'égard du principe de clarté (§ 1), ensuite sa critique de l'importance accordée par l'École de l'exégèse à l'intention du législateur (§ 2).

¹⁰⁵ Laurent, *Cours élém. du droit civil*, préface, t. 1, p. 9 (*ibid.*, p. 24).

¹⁰⁶ https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006419283/

¹⁰⁷ Perelman, Chaïm, *ibid.*, p. 25.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 26.

¹⁰⁹ Goltzberg, Stefan, *ibid.*, p. 23.

§ 1. L'ambiguïté du *sens clair*

Les juristes de l'École de l'exégèse, fidèles à l'esprit du positivisme juridique, identifient le droit aux texte promulgué par l'autorité compétente. À cet égard, une caractéristique fondamentale de la méthode de l'exégèse est le respect du Code civil même dans l'ordre de ses articles. « Le texte avant tout », répétait Demolombe, l'auteur d'un célèbre Cours de Code Napoléon (1845-1852)¹¹⁰. Gény parlait d'un « fétichisme légal » à ce propos, certains d'autres, n'hésitaient pas à recourir à la métaphore religieuse du « culte » du texte légal pour décrire l'attachement des commentateurs du Code civil au texte de la loi¹¹¹. Après avoir assuré l'authenticité du texte, parallèlement aux philologues de l'époque, les exégètes, en faisant une rupture avec l'herméneutique traditionnelle, religieuse ou juridique qui admettait *a priori* la possibilité d'une pluralité de sens, revendiquent l'unicité du sens¹¹². « Deux explications qui concerneraient le même passage, ou deux *sensus*, ne sont jamais possibles. Chaque phrase, chaque suite de phrases n'a qu'un sens. Il peut être incertain ; néanmoins, pour celui qui cherche, il n'y en a qu'un seul »¹¹³, disait Wolf à la même époque. Les tenants de l'Exégèse affichent une ambition similaire dans leur définition de l'interprétation. Selon Boileux et Demolombe, « *interpréter*, ce n'est pas *changer, innover* ; c'est fixer le sens exact, véritable d'une disposition, et déterminer sa portée : l'interprétation, de quelque source qu'elle émane, conduit donc au même but. En réalité, il n'y a qu'une seule espèce d'interprétation »¹¹⁴.

Ainsi que l'affirme Benoît Frydman, « l'interprétation juridique traditionnelle, héritée des jurisconsultes romains, construit, par divers moyen rhétoriques, une multiplicité de sens possibles pour un même texte, entre lesquels elle choisit ensuite celui jugé le plus conforme au juste et à l'utile »¹¹⁵. Selon H. Coing, on pourrait qualifier cette pensée traditionnelle comme « argumentative », le texte de loi est conçu par les juristes de l'époque, non comme l'expression ou l'application d'une règle générale, mais comme base ou siège d'un argument¹¹⁶. Par contre, la doctrine du *sens clair*, telle qu'elle a été « formulée par l'Exégèse et consacrée par la

¹¹⁰ Goyard-Fabre, Simone, art. préc., p. 30.

¹¹¹ Frydman, Benoît, art. préc., p. 62.

¹¹² *Ibid.*, p. 63.

¹¹³ *Vorlesungen*, p. 282 (traduction Todorov) (cité par Frydman, Benoît, *ibid.*, p. 64).

¹¹⁴ Boileux, *Commentaire sur le Code Napoléon*, 6^{ème} édition, Paris, 1856, t. I, § 4, p. 28 (souligné par l'auteur). Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, 3^{ème} éd. Paris, 1865, t. Ier, § 115, p. 137 (cité par Frydman, Benoît, *ibid.*, p. 64).

¹¹⁵ Frydman, Benoît, *ibid.*, p. 63-64.

¹¹⁶ Coing, H. « Trois formes historiques d'interprétation du droit. Glossateurs, pandectistes, école de l'exégèse. », *Revue historique de droit français et étranger (1922-)*, 1970, Quatrième série, Vol. 48 (1970), p. 537.

jurisprudence, non seulement présuppose l'unicité du sens, mais encore postule, avec un optimisme caractéristique, la possibilité de saisir ce sens de manière évidente et immédiate »¹¹⁷. Dans cette perspective sémantique, le recours à l'interprétation est devenu inutile ou du moins accessoire. Pour les juristes de l'exégèse, donc, le juge se contente d'appliquer mécaniquement la loi ; à titre exceptionnel, en cas d'obscurité ou d'ambiguïté, il l'interprète.

Dans la tradition de l'École de l'exégèse, la clarté, donc, s'oppose à l'interprétation. Autrement dit, les deux notions, clarté et interprétation sont antithétiques d'après cette école. Dans la mesure où le texte de loi est clair, il faut éviter de l'interpréter. Cela se trouve dans le principe, *interpretatio cessat in claris*, il n'y a pas lieu d'interpréter un texte clair. Dès lors, Perelman se demande à juste titre : « Mais quand dira-t-on d'un texte qu'il est clair ? »¹¹⁸ Il accepte que, dans certains litiges, l'interprétation d'un texte ne fait pas l'objet d'une controverse et dans un tel cas, les diverses interprétations envisagées de ce texte sont inutiles, car elles ne présentent aucun intérêt particulier pour les parties. Donc, « dire que le texte est clair, c'est souligner le fait qu'en occurrence, il n'est pas discuté »¹¹⁹. Selon lui, la clarté ou l'absence de clarté n'est pas une propriété objective du texte, mais dans la mesure où un texte n'est pas discuté, « comme il ne fait pas l'objet d'interprétations divergentes et raisonnables, on le considère comme clair »¹²⁰. Ainsi l'adjectif « clair » est un « compliment que l'on fait à un texte dans l'exacte mesure où il n'est pas discuté »¹²¹.

Seul un exégète s'efforcera de clarifier le sens du texte afin d'éclairer le juge dans toutes les éventualités où il pourrait être d'application, mais pour effectuer cette tâche, son exégèse devrait examiner tous les cas imaginables. C'est pourquoi, « l'impression de clarté peut être l'expression moins d'une bonne compréhension que d'un manque d'imagination »¹²² pour Perelman. Autrement dit, selon lui, « l'absence de divergences raisonnables n'est pas tant le fruit d'une fine intelligence que d'un manque d'imagination ! »¹²³ A cet égard, il cite Locke :

« Plus d'un homme qui, à première lecture, avait cru comprendre un passage de l'Écriture ou une clause du Code en a tout à fait perdu l'intelligence, après avoir consulté des commentateurs

¹¹⁷ Frydman, Benoît, *ibid.*, p. 65.

¹¹⁸ Perelman, Chaïm, *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique*, *op. cit.*, p. 36.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 36.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 36.

¹²¹ Goltzberg, Stefan, *ibid.*, p. 23.

¹²² Perelman, Chaïm, *ibid.*, p. 36.

¹²³ Goltzberg, Stefan, *ibid.*, p. 24.

dont les élucidations ont accru ses doutes ou leur ont donné naissance, et plongé le texte dans l'obscurité. »¹²⁴

En tout état de cause, pour un exégète, le texte de loi sera clair dans la mesure où l'intention du législateur est claire. Car le sens de la loi réside dans la volonté du législateur pour eux. L'École de l'exégèse, dans cette perspective, selon les termes de Simone Goyard-Fabre, « s'interdit toute incursion dans les intentions du législateur et ne s'interroge point sur les finalités des règles de droit »¹²⁵. Il conviendra donc de voir plus profondément, dans son contexte historique, comment les juristes de cette école réduisent le texte de loi à la volonté du législateur, et d'étudier les critiques de Perelman.

§ 2. Une source quasi mystique : l'intention du législateur

La notion de *sens clair* de l'École de l'exégèse est associée à l'idée d'une volonté du législateur, tout comme le sens unique et assuré coïncide avec l'intention de l'auteur chez les philologues de l'époque. D'après Schleiermacher, « tout discours correspond à une série de pensées chez celui qui discourt »¹²⁶. Le texte est considéré par l'interprète en tant qu'il lui permet d'accéder aux pensées de son auteur et de comprendre leur articulation. Ainsi pour Wolf, « l'herméneutique est l'art de saisir les écrivains, par conséquent les pensées écrites ou même seulement oralement exprimées d'autrui de la même manière qu'il les a saisies lui-même »¹²⁷. La critique philologique a pour but de restaurer, à l'aide du texte, de ses sources et de la biographie de l'auteur, la figure même de l'écrivain ou du philosophe, sa personnalité unique, son parcours. Alors que les glossateurs médiévaux ne se préoccupaient pas de saisir la pensée de l'auteur en termes psychologiques mais plutôt de transmettre la science supposée contenue dans le texte, les exégètes de l'époque, en faisant une nouvelle rupture avec l'herméneutique traditionnelle, se sont concentrés sur l'auteur.

Il n'en va pas autrement dans le domaine du droit. Selon les termes de Baudry-Lacantinerie : « l'œuvre de l'interprète est donc de reconstituer la pensée du législateur ». De même, selon Laurent : « Il faut revenir à la règle établie par les auteurs mêmes du Code. Quelle est l'œuvre de l'interprète ? c'est de reconstruire la pensée du législateur » ; en effet, « n'est-ce pas la

¹²⁴ Perelman, Chaïm, *ibid.*, p. 36-37.

¹²⁵ Goyard-Fabre, Simone, *ibid.*, p. 30.

¹²⁶ *Herméneutique générale* (1809-1810), p. 75 et *Abrégé d'herméneutique* (1819), § 3-5, p. 114-115. (cité par Frydman, Benoît, *ibid.*, p. 65).

¹²⁷ *Vorlesungen*, p. 271, (cité par Frydman, Benoît, *ibid.*, p. 65).

pensée qui constitue l'essence de la volonté, et par suite l'essence de la loi » et encore « Qu'est-ce que la lettre, sinon la formule de la pensée ? »¹²⁸. Benoît Frydman, dans son article « Exégèse et Philologie : Un cas d'herméneutique comparée », quand il parle de la stratégie de la pensée dominante de l'époque, désigne l'avènement de l'« auteur » et son origine juridique de manière pertinente :

« Cette stratégie repose sur une conception *monologique* du sens identifié strictement à l'*intention de l'auteur historique* du texte. L'« auteur » et le « législateur » en sont les principaux instruments en philologie et en droit. Ils sont issus de la même matrice : le législateur est l'auteur de la loi ; mais le terme « auteur » a lui-même une origine juridique puisqu'il désigne celui de qui une personne tient un droit ou une obligation. Dans le *Léviathan*, par exemple, les parties au contrat social sont désignées comme « *author* » alors que les rédacteurs des Livres saints sont appelés « *scriptor* » (« *writer* » dans la version anglaise) et exceptionnellement seulement « *author* ». Le personnage de l'auteur, tel que nous le connaissons, apparaît avec l'époque moderne. Juridiquement, il n'obtiendra qu'à la Révolution française la reconnaissance d'un véritable *droit de propriété* sur ses œuvres. Dès lors, l'auteur commence son règne : il occupe le devant de la scène, conserve le secret de l'œuvre et donne au sens sa référence ou, selon Barthes, « son cran d'arrêt » ; il passe pour être la propriétaire exclusif et éternel de la signification de ses œuvres, dont il devient, par le biais de ses discours, de ses brouillons ou de ses actes mêmes, l'interprète autorisé, à l'égal du législateur pour les lois qu'il promulgue. »¹²⁹

Cependant, il faut préciser que pour l'École de l'exégèse, l'intention du législateur n'est pas une source extra-légale, ni une référence métaphysique ; au contraire, cette intention est conçue comme un fait historique, un fait réel, et pour l'éclairer, il faut procéder à une recherche de l'intention réelle, historique, du législateur. Pour les auteurs de l'École de l'exégèse, la véritable question n'est donc pas : « comment le législateur aurait aujourd'hui compris la situation, mais quel est le sens qu'avait véritablement à l'esprit l'auteur de la disposition ? »¹³⁰ Selon Perelman, il faut distinguer le métier de l'historien du droit et le métier du juge. Alors que le rôle d'un historien est de redécouvrir le sens historique de l'acte législatif, le juge, d'après lui, doit rechercher « l'interprétation la plus raisonnable, celle qui permettrait la solution « la meilleure », la plus équitable, du cas d'espèce conformément au droit en vigueur »¹³¹. En d'autres termes, le rôle du juge est d'appliquer des catégories juridiques à des situations, conformément à l'esprit

¹²⁸ Principes, § 273, p. 343-344. Adde § 272, p. 341-2 (cité par Frydman, Benoît, *ibid.*, p. 66)

¹²⁹ Frydman, Benoît, *ibid.*, p. 73-74.

¹³⁰ Goltzberg, Stefan, *ibid.*, p. 25.

¹³¹ Perelman, Chaïm, *ibid.*, p. 37.

du droit, à la lumière changements sociaux, politiques, scientifiques et éthiques. À ce propos, Perelman mentionnera l'article 617 du Code civil, à titre d'exemple, pour montrer les inconvénients de la pensée de l'École de l'exégèse :

« Prenons l'article 617 du Code civil qui affirme, entre autres, que l'usufruit s'éteint par la mort naturelle de l'usufruitier. L'expression « mort naturelle » est suffisamment claire et son application ne posait aucun problème : un homme était mort quand son cœur avait cessé de battre. Mais avec les récents développements techniques, permettant de faire battre le cœur d'un individu mort, éventuellement grâce à la transplantation dans le corps d'un autre individu, les spécialistes se sont mis à la recherche d'une définition plus adéquate. Cette nouvelle définition, qui fournira un nouveau critère de la mort naturelle, est-elle la seule qu'il faille retenir dorénavant ? Elle sera, en tout cas, différente de celle qu'avait dans l'esprit le législateur, qui avait voté la loi. Faut-il maintenir, dans ce cas, la thèse que le sens de la loi est celui qui exprime la volonté du législateur ? »¹³²

L'on voit comment l'idée principale de l'École de l'exégèse selon laquelle, en refusant au juge le droit de contribuer à l'élaboration de la loi, le sens du texte de loi associé à l'intention du législateur, est dans l'impasse face aux changements du monde. « S'il est vrai que les juges doivent dire le droit, ce droit était, dans l'esprit de l'École de l'exégèse, réduit à entité quasi mystique, la Loi, expression de la volonté nationale »¹³³.

Ce n'est que dans cette perspective que la Cour de cassation a été instituée, pour assurer le respect de la loi par les juges. Ainsi que l'a indiqué Perelman, l'Assemblée nationale, « en créant le tribunal de cassation, a voulu en faire un corps « d'inspecteurs de justice », de contrôleurs veillant à ce que la loi fût bien observée par les cours et tribunaux »¹³⁴. La Cour de cassation interviendra chaque fois que le juge ne respectera pas le texte de la loi ou l'intention du législateur. C'est pourquoi le juge est obligé seulement de rendre sa décision conformément à la loi, il ne s'occupera pas du caractère juste ou raisonnable de son jugement. La valeur attribuée à la volonté du législateur réduit, donc presque à néant la marge de manœuvre du juge.

En effet, pour les juristes exégètes, justement dans les cas exceptionnels, d'antinomies et de lacunes, le juge avait un rôle plus actif, celui d'éliminer les unes et de combler les autres.

¹³² *Ibid.*, p. 37.

¹³³ *Ibid.*, p. 38.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 38.

Pour eux, même dans ce cas, le juge devait motiver ses décisions en faisant référence à des textes de loi. Ces deux cas sont conçus par l'École de l'exégèse comme des exceptions, voire comme des irrégularités, car le juge jouerait alors un rôle qui ne serait pas le sien selon le principe de la séparation des pouvoirs, à savoir, le rôle du législateur. « Ces exceptions – l'antinomie et la lacune – constituent la faille de l'exégèse, comme le disait Stefan Goltzberg, faille dans laquelle vont s'engouffrer tous les penseurs antipositivistes, afin de battre en brèche le caractère fermé du système ainsi que le rôle passif du juge »¹³⁵. L'on le qualifie comme *une antinomie*, le fait qu'il existe deux directives incompatibles par rapport à un cas d'espèce, et l'on peut définir *la lacune* comme le « manque, dans un ordonnancement juridique, d'une norme dont le juge puisse faire usage pour résoudre un cas déterminé »¹³⁶. D'ailleurs, l'antinomie pourrait être rangée sous la catégorie de la lacune, d'après Perelman, car une antinomie n'apparaît qu'en l'absence des règles générales permettant d'accorder la priorité à l'une ou à l'autre, lorsqu'il y a deux directives opposées sur le même sujet¹³⁷.

L'existence des antinomies et des lacunes peut donner lieu à d'autres problèmes. Le problème le plus dangereux est ce que le caractère lacunaire des lois peut inciter le juge à prendre la décision selon son jugement subjective. « Comment éviter, dans ce cas, l'arbitraire du juge ? »¹³⁸ demande Perelman. D'après lui, « en l'absence d'une règle expresse, le juge devra s'inspirer de l'esprit du droit, c'est-à-dire des valeurs et des techniques que d'autres textes légaux protègent ou utilisent »¹³⁹. Alors que d'après l'École de l'exégèse, la pratique juridique était fondée sur l'esprit de loi qui coïncidait avec le sens littéral et clair du texte de la loi et le siège de ce texte, à savoir, la volonté de législateur ; Perelman se tournerait vers l'esprit du droit. De plus, selon Perelman, « l'esprit de la loi doit être soumis à l'esprit du droit »¹⁴⁰.

En résumé, selon Perelman, la méthode logico-grammaticale de l'École de l'exégèse, qui se réfère également à l'histoire législative lorsque cela est nécessaire, est loin d'être adéquate à la réalisation des valeurs qui sont la raison d'être du droit. Pour lui, la « loi » n'est jamais ni exhaustive, ni même entièrement préalable en droit, mais après son établissement, elle sera toujours en train d'être précisée, constituée et modifiée dans son application¹⁴¹. Autrement dit,

¹³⁵ Goltzberg, Stefan, *ibid.*, p. 25.

¹³⁶ Vannier, Guillaume, *op. cit.*, p. 132.

¹³⁷ Perelman, Chaïm, *ibid.*, p. 47.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 46.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 46.

¹⁴⁰ Goltzberg, Stefan, *ibid.*, p. 29.

¹⁴¹ Vannier, Guillaume, *ibid.*, p. 119.

« le jugement est toujours constitutif en même temps qu'applicatif »¹⁴². C'est pourquoi, il attirera l'attention sur le caractère lacunaire du droit et l'utilisation de la technique de l'antinomie par la doctrine et la jurisprudence afin d'écarter l'application de textes légaux en faveur de solutions plus équitables ou plus raisonnables conformes à l'esprit du droit.

¹⁴² *Ibid.*, p. 110.

CHAPITRE II – Chaïm Perelman face au positivisme kelsénien

Dans un premier temps, nous examinerons la rencontre de Perelman avec la *Théorie pure du droit* (**Première Section**), et dans un second temps, nous analyserons les points où se concentrent les critiques de Perelman à l'égard de Kelsen (**Deuxième Section**).

Section 1 – Perelman et Kelsen : un dialogue silencieux

« Au mois de juin 1957, lors du colloque sur le droit naturel organisé par l'Institut international de philosophie politique, [...], Hans Kelsen et Chaïm Perelman se retrouvèrent assis l'un à côté de l'autre »¹⁴³. Cette scène, dont Norberto Bobbio fut le témoin, est ainsi le signe que les deux juristes ne se sont jamais ignorés, au contraire, ils communiquaient entre eux sur un plan théorique, même si cela n'était pas très visible. En dépit de leurs profondes différences, l'estime et le respect des deux chercheurs n'ont jamais été mis en doute. Ainsi, à propos de la théorie de la justice de Perelman, Kelsen parle d'une « excellente analyse des notions les plus courantes de la justice »¹⁴⁴. De son côté, dans son article sur Kelsen, publié dans le recueil qui rend hommage à ce dernier, Perelman le considère comme un « maître incontesté de la science juridique »¹⁴⁵. En effet, les critiques de Perelman à l'égard du normativisme kelsénien occupent une place importante dans son œuvre même si elles n'ont jamais fait l'objet d'une synthèse de la part de leur auteur, et demeurent fragmentaires, éparpillées dans une série d'articles. Ce paradoxe s'explique par son style de pensée, selon Jean-François Melcer, qui ne se penche pas sur la discussion des principes, mais porte directement sur leurs conséquences¹⁴⁶. À cet égard, l'on peut même considérer toute la pensée juridique de Perelman comme « une critique minutieuse de Kelsen »¹⁴⁷, selon lui. D'autre part, malgré le silence de Kelsen, d'après Norberto Bobbio, partisan du normativisme, il n'a jamais cessé de prendre au sérieux les objections de Perelman, ni de s'intéresser à sa théorie de l'argumentation¹⁴⁸.

¹⁴³ Bobbio, Norberto. « Perelman et Kelsen » (trd. par Alain Melcer), *Droits*, vol. 33, no. 1, 2001, p. 167.

¹⁴⁴ H. Kelsen, *Justice et droit naturel*, cité p. 12 (cité par Bobbio, Norberto, art. préc., p.169).

¹⁴⁵ Perelman, Chaïm, « La théorie de pure du droit et l'argumentation », in *Éthique et Droit, op. cit.*, p. 569.

¹⁴⁶ Melcer, Jean-François, *Justice et Rhétorique selon Chaïm Perelman ou comment dire le juste ?*, Paris, Éditions L'Harmattan, 2013, p. 23.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 23.

¹⁴⁸ Bobbio, Norberto, *ibidem*, p. 168.

La critique de Perelman à l'égard du positivisme et du logicisme juridique est devenue un thème privilégié dans les années 1960 et 1970. C'est dans ce contexte qu'il a attaqué la « théorie pure du droit » de Hans Kelsen. Bien qu'il lui reconnût le mérite d'éviter plusieurs des écueils du juspositivisme, Perelman critiquait cette théorie parce qu'elle reproduit largement les défauts inhérents à une approche abstraite et réductionniste du droit, selon lui. C'est pourquoi, Perelman considère la théorie pure du droit comme faisant partie du positivisme juridique et il parle du « positivisme juridique de Hans Kelsen et de son école »¹⁴⁹ dans sa *Logique juridique*. Perelman n'est certainement pas le seul à considérer Kelsen comme un positiviste, à tel point que certains le voient même comme « le pape du positivisme juridique » depuis la *Théorie pure du droit*¹⁵⁰. Tout comme le positivisme qui « élimine du droit tout recours à l'idée de justice et, de la philosophie, tout recours à des valeurs, cherchant à modeler le droit, comme la philosophie, sur les sciences, considérées comme objectives et impersonnelles, et dont il y a lieu d'éliminer tout ce qui est subjectif, donc arbitraire »¹⁵¹, Kelsen déclarait que l'objectif de sa *Théorie pure du droit* était d'élever la théorie du droit au niveau et rang d'une véritable science.

Dans une telle atmosphère, Perelman commencerait à critiquer Kelsen sur le fait que ce dernier limite l'objet de la science du droit à la réalité, ou à l'être, en le purifiant de tout jugement de valeur au motif qu'ils sont arbitraires. Avant d'étudier les critiques perelmaniennes à l'égard de la théorie pure du droit, il conviendra de résumer brièvement la théorie du maître viennois dans ses grandes lignes.

De manière générale chez Kelsen, le droit est conçu comme un système hiérarchisé de normes en ce que la norme inférieure serait déduite de la norme supérieure, et l'efficacité du système repose, en dernière instance, sur l'adhésion présumée à une norme ultime, fondamentale, la *Grundnorm*¹⁵². Cette norme fondamentale ne contient aucun élément matériel, mais elle détermine des conditions selon lesquelles pourra être autorisée la création de normes inférieures, elle est donc « une norme qui gouverne non pas le fond du droit mais ses modes de

¹⁴⁹ Perelman, Chaïm, , *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique*, op. cit., p. 68.

¹⁵⁰ Viala, Alexandre. « Le positivisme juridique : Kelsen et l'héritage kantien », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 67, no. 2, 2011, p. 95.

¹⁵¹ Perelman, Chaïm, *ibid.*, p. 67.

¹⁵² *Ibid.*, p. 68.

production »¹⁵³. À tous les niveaux de cette structure, telle qu'elle est présentée par Kelsen, chaque norme tire sa validité des normes qui lui sont supérieures. D'après lui, un système de droit diffère d'un système formel en ce que la norme inférieure n'est pas déduite de la norme supérieure par des transformations purement formelles, comme en logique ou en mathématiques, mais par la détermination des conditions selon lesquelles pourra être autorisée la création de normes inférieures. Selon Kelsen, ainsi que l'explique Norberto Bobbio, « les normes juridiques, quel que soit leur niveau, supérieur ou inférieur, constituent des actes de volonté. Elles ne dérivent pas logiquement les unes des autres, mais découlent de normes qui délèguent des pouvoirs, ou normes d'autorisation »¹⁵⁴. Autrement dit, il n'est pas statique, mais dynamique ; le rapport entre norme supérieure et norme inférieure n'est pas un rapport de reproduction (statique), mais de production (dynamique)¹⁵⁵.

De ce fait, le concept de validité est d'une importance capitale dans la théorie pure du droit. Afin de mieux caractériser ce concept, Kelsen le distingue de l'efficacité. L'efficacité, selon lui, désigne l'effet réel des normes, leur propension à être respectées par les citoyens et appliquées par les instances juridiques et administratives¹⁵⁶. Quant à la validité, elle ne concerne que les critères internes au droit, elle est réduite au formalisme des conditions de production de l'acte de volonté¹⁵⁷. La validité d'une norme ne dépend donc pas de son application ou de son respect effectif. À ce titre, une norme peut être valide en répondant aux critères formels de production des normes, même si elle est inefficace. La fondation de la validité d'une norme relève donc authentiquement de la science juridique, pour Kelsen, mais l'évaluation de l'efficacité relève davantage de la sociologie.

En ce qui concerne l'interprétation, la théorie pure du droit restera fidèle aux théories positivistes précédentes. Tout comme la conception traditionnelle du pouvoir judiciaire, chez Kelsen, le tribunal¹⁵⁸ a pour rôle de concrétiser, individualiser, une norme générale dans des

¹⁵³ Jouanjan, Olivier, « Présentations. Formalisme juridique, dynamique du droit et théorie de la démocratie : la problématique de Hans Kelsen », in Jouanjan, Olivier (éd.), Hans Kelsen. Frome du droit et politique de l'autonomie, Paris, PUF, coll. « Débats philosophiques », 2010, p. 27.

¹⁵⁴ Bobbio, Norberto, *ibid.*, p. 172.

¹⁵⁵ Jouanjan, Olivier, *ibid.*, p. 24.

¹⁵⁶ Hardy, Hugo, « La critique perelmanienne de la théorie pure du droit : Essai de synthèse. », *Canadian journal of law and society*, 21, 2006, p. 54.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 54.

¹⁵⁸ Guillaume Vannier nous donne un exemple pertinent, pour montrer comment la divergence entre la pensée de Kelsen et de Perelman deviennent visibles dans les termes utilisés par ces deux auteurs : « À la différence de Perelman, Kelsen ne parle pas du « juge », mais de « tribunaux » d' « organe juridique » ou de « décision juridictionnelle ». La liberté, la responsabilité, les droits subjectifs, et le langage personnaliste sont en effet réduits

cas particuliers d'application. Selon lui, les jugements rendus par les tribunaux dans le cadre de normes générales feront partie de l'ordre juridique en tant que représentants des versions individualisées de ces normes générales. C'est pourquoi, Kelsen utilisera le terme de « normes individuelles » pour ces normes. Mais contrairement à la tradition, Kelsen ne conçoit pas cette application comme automatique. Au contraire, selon lui, le juge choisi donc arbitrairement l'une des interprétations présentées par l'interprétation de ce cadre. Donc, d'après Kelsen, la décision du juge, tout comme celle du législateur, est l'expression d'un acte de volonté, et non d'une connaissance. En effet, le mérite de la théorie pure du droit, est de reconnaître que l'indétermination du cadre légal dans lequel le juge exerce son activité fait qu'il est impossible de tirer des conclusions des décisions judiciaires de manière pure et formelle. Le juge ne peut parvenir à une conclusion de manière mécanique en raison de l'ambiguïté du cadre juridique. Cette indétermination découle du fait qu'il est impossible pour le législateur de prévoir toutes les situations éventuelles dans lesquelles la loi peut s'appliquer. Ainsi que l'explique Hugo Hardy, « Concrètement, elle se présente généralement au juge soit par l'ambiguïté d'un mot ou d'une expression, soit par la discordance entre le texte de la loi et la volonté du législateur, soit enfin par l'incompatibilité entre deux normes simultanément applicables dans une situation donnée »¹⁵⁹. Dans chacun des cas, l'application de la loi ouvre différentes possibilités, identifiées par le juge en recourant à l'interprétation, et que son pouvoir discrétionnaire sert à trancher. En d'autres termes, l'indétermination du cadre légal offre au juge la liberté de procéder à une interprétation de la loi, qui résulte d'un choix exercé par sa volonté.

Les possibilités parvenues par l'interprétation du juge sont par définition équivalentes du point de vue du droit. L'interprétation ne peut jamais fournir au juge un choix qui représenterait la seule décision correcte, selon Kelsen. La science juridique ne peut rien dire sur ce choix, car elle ne relève pas de la loi positive mais exclusivement de la volonté du juge. Cela signifie pour Kelsen que toute décision judiciaire est arbitraire. C'est précisément sur ce point que se concentrent les critiques de Perelman.

chez lui aux exigences logiques de la science pure du droit comme système de normes. Or « la science du droit, c'est-à-dire une science qui porte sur des normes juridiques, a affaire – on ne doit pas se lasser de l'affirmer et de le réaffirmer – non pas à des individus comme tels, mais seulement à des actions et des abstentions de ces individus qui sont prévues par des normes juridiques, c'est-à-dire qui font partie de leur contenu » [...] Si Perelman parle au contraire du juge, c'est parce que, comme nous l'avons vu, il considère explicitement celui-ci, depuis l'article « Logique et rhétorique » comme la figure même de l'homme libre, doté d'une conscience capable de peser le pour et le contre. Cette approche est, bien entendu, étrangère au propos de Kelsen. » (Vannier, Guillaume, *op. cit.*, p. 129-130).

¹⁵⁹ Hardy, Hugo, *ibid.*, p. 55.

Section 2 – Les critiques de Perelman

À cet égard, il conviendra d'analyser les critiques de Perelman à l'égard de la théorie pure du droit à travers les deux points principaux suivants : d'une part, l'objectif d'élever la théorie du droit au niveau et rang d'une véritable science (§ 1) ; d'autre part, l'idée que les possibilités fournies par l'interprétation sont toutes équivalentes, et que par conséquent le choix du juge est « arbitraire » (§ 1).

§ 2. Première critique: le droit en tant que science

Comme l'expliquait clairement Norberto Bobbio, dans son article intitulé « Perelman et Kelsen », le principal objet du désaccord entre le fondateur de la théorie pure du droit et le rénovateur de la théorie de l'argumentation est la « place de la raison » dans le droit ou de manière plus générale, dans la sphère de la pratique¹⁶⁰. Plus précisément, le cœur de l'opposition entre Kelsen et Perelman s'inscrit dans le refus par ce dernier du dualisme radical et intransigent¹⁶¹ défendu par Kelsen¹⁶². Ce dualisme, l'héritage kantien¹⁶³, conduisait Kelsen à séparer fait et valeur, *Sein* et *Sollen*, raison et pratique, connaissance et volonté et à rejeter l'idée même de raison pratique comme le pur produit d'un rationalisme éthique incompatible avec un relativisme des valeurs. C'est précisément contre cette dualité que Perelman bâtit sa théorie. S'il y a toujours une place pour la raison pratique, c'est dans la sphère du raisonnable où la raison n'est plus démonstrative mais « argumentative »¹⁶⁴. La théorie pure du droit de Kelsen « sépare d'une façon beaucoup trop rigide le droit du fait »¹⁶⁵, reproche Perelman, à ce

¹⁶⁰ Bobbio, Norberto, *ibid.*, p. 169.

¹⁶¹ « La théorie pure du droit se caractérise, [...], par un intransigent dualisme qui oppose, d'une part, l'être et devoir-être, la réalité à la valeur, la connaissance à la volonté (et conjointement les sciences de la nature aux sciences de l'esprit, la nature à la société, ainsi que la causalité à l'imputabilité) et de l'autre, le droit à la morale, et le droit positif au droit naturel. » (Perelman, Chaïm, « La théorie de pure du droit et l'argumentation », in *Éthique et Droit*, *op. cit.*, p. 571).

¹⁶² Bobbio, Norberto, *ibid.*, p. 172.

¹⁶³ « La pureté de la méthode, indispensable à la science juridique, ne me sembla garantie par aucun philosophe avec autant de précision que par Kant avec son opposition entre l'être et le devoir-être. La philosophie kantienne fut donc pour moi, dès le début, la lumière qui me guida. » (Kelsen, « Lettre autobiographique », p. 337. (citée par Baume, Sandrine, *Kelsen. Plaider la démocratie*, Paris, Édition Michalon, coll. « Le bien commun » 2007, p. 18)

¹⁶⁴ Brunet, Pierre, « Perelman, le positivisme juridique et l'interprétation », in Frydman, Benoît et Meyer, Michel (éds), *Chaïm Perelman (1912-2012). De la nouvelle rhétorique à la logique juridique*, *op. cit.*, p. 189.

¹⁶⁵ Perelman, Chaïm, *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique*, *op. cit.*, p. 69.

propos. Si l'on accepte le dualisme kelsénien, dit Perelman, « on doit renoncer à l'illusion de la raison pratique dans tous les domaines, et non seulement en droit »¹⁶⁶.

La science du droit n'étudie que le droit positif, selon Kelsen, c'est-à-dire la réalité, ou l'être. Elle n'est possible que si son objet est fixé sans interférences étrangères au droit positif. C'est pour cela que la théorie pure du droit se présente comme « la théorie du positivisme juridique »¹⁶⁷. Elle s'interdit de porter un jugement de valeur sur ce droit positif, ou de critiquer comme injuste un système juridique respectueux du formalisme¹⁶⁸. « La théorie pure du droit, telle que Kelsen l'a élaborée devrait, pour rester scientifique, dit Perelman, éliminer de son champ d'investigations toute référence à des jugements de valeur, à l'idée de justice, au droit naturel, à tout ce qui concerne la morale, la politique, ou l'idéologie »¹⁶⁹.

Sans aucun doute, l'un des principaux objectifs des approches qui tentent de donner au droit un caractère scientifique est de garantir le principe de sécurité juridique même au prix de l'abandon de l'idée de justice. Autrement dit, le positivisme regarde la sécurité juridique comme un dogme, plutôt que comme une valeur : il faut que le justiciable connaisse l'entière du droit, d'où la nécessité d'une transcription complète de la loi, car elle sera ainsi totalement prévisible¹⁷⁰. Perelman, ne nie pas l'idée que le droit consiste en l'établissement d'un ordre stable, qui garantirait la sécurité juridique, l'uniformité (l'égalité devant la loi) et la prévisibilité, mais il insiste sur le fait que le droit ne peut jamais être isolé du contexte social dans lequel il est censé agir¹⁷¹. La sécurité juridique peut bien être une valeur, mais tant qu'elle se servira de la justice.

Le formalisme à prétention « scientifique » de la théorie pure du droit, est tout à fait inexact selon Perelman, car il ne reflète pas certains aspects essentiels du droit. Dans la réalité, « la pratique du droit, quel qu'il soit, exige la prise en considération des interactions entre le texte écrit et les réactions résultant de son application dans un milieu donné »¹⁷², et ajoute Perelman, « en négligeant cette interaction, on ne comprend rien à la vie du droit »¹⁷³. En effet,

¹⁶⁶ Perelman, Chaïm, « La théorie de pure du droit et l'argumentation », in *Éthique et Droit, ibid.*, p. 572.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 569.

¹⁶⁸ Vannier, Guillaume, *ibid.*, p. 130.

¹⁶⁹ Perelman, Chaïm, *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique. ibid.*, p. 68.

¹⁷⁰ Goltzberg, Stefan, *op. cit.*, p. 19.

¹⁷¹ Perelman, Chaïm, « À propos de l'idée d'un système de droit », in *Éthique et Droit, ibid.*, p. 510.

¹⁷² Perelman, Chaïm, « La loi et le droit », in *Éthique et Droit, ibid.*, p. 544.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 544.

le droit n'est pas une fin en soi isolée de la morale et de la politique, mais un moyen pour atteindre une fin déterminée en interaction avec le reste de la société. « En méconnaissant le rôle politique du droit, la théorie pure du droit non seulement pêche par abstraction, mais fausse la réalité juridique »¹⁷⁴, selon lui. D'autre part, il ne suffit pas de reconnaître au juge un rôle constitutif mais irréductible à la connaissance, pour comprendre le droit. Le juge, tel qu'il est conçu par Kelsen, peut décider en toute souveraineté, mais ses actions resteront arbitraires et incompréhensibles. Il est donc préférable de considérer le droit non pas comme un objet d'étude isolé, mais comme un processus de développement rationnel de fins et de moyens sociaux, car cette perspective permet d'expliquer, de comprendre et aussi de critiquer¹⁷⁵.

Une autre critique de Perelman à propos de la dualité défendue par Kelsen concerne la fonction de la science du droit. La définition du droit ou même de la science du droit fournie par le positivisme juridique n'est nullement neutre selon lui, car « elle résulte d'un jugement de valeur, explicite ou implicite, qui, loin de décrire le phénomène juridique tel qu'il s'est manifesté dans l'histoire, néglige tout droit qui n'émane pas de l'État et de ses organes »¹⁷⁶. Perelman pense que comme toutes les autres théories juridiques, la théorie pure du droit n'est pas purement descriptive, mais elle s'inscrit dans les idéologies destinées à guider les praticiens du droit. À cet égard, Kelsen semble également se contredire lorsqu'il adopte une métascience prescriptive alors qu'il plaide pour une science purement descriptive. Ainsi Norberto Bobbio constate cette contradiction de la théorie pure du droit :

« Ce dualisme, par ailleurs, engendre un paradoxe, qu'il m'est arrivé de souligner dans d'autres circonstances : Kelsen nie que la science, n'importe quelle science, et donc aussi la science du droit, lorsqu'elle veut atteindre le niveau des sciences les plus avancées, puisse avoir une fonction normative. Mais, en ce qui concerne la science du droit, Kelsen attribue à son insu une fonction normative à la métascience du droit, c'est-à-dire à la théorie de la fonction de la science du droit. Or, si Kelsen était cohérent avec sa conception de la science idéale, il devrait se limiter à décrire ce que font les juristes. Au contraire, lorsqu'il s'occupe de la science du droit, il exprime ses propres idées sur ce que les juristes devraient faire, en critiquant ce qu'ils font réellement, puisqu'en général aucun juriste ne se limite à exposer les différentes interprétations possibles, mais, après les avoir exposées, défend une interprétation, au détriment d'une autre. Ainsi Kelsen semble renoncer à sa conception de la science idéale, lorsqu'il se place au niveau

¹⁷⁴ Perelman, Chaïm, « Science du droit et jurisprudence », in *Éthique et Droit*, *ibid.*, p. 498.

¹⁷⁵ Vannier, Guillaume, *ibid.*, p. 131-132.

¹⁷⁶ Perelman, Chaïm, « La loi et le droit », in *Éthique et Droit*, *ibid.*, p. 544.

supérieur de la métascience, laquelle n'est pas descriptive mais prescriptive. Or, en tant que telle, celle-ci est nécessairement entachée d'un soupçon de partialité, puisqu'elle peut exprimer une prise de position idéologique. »¹⁷⁷

Selon les termes de Pierre Brunet, qui rend ici justice au philosophe belge, « Perelman apparaît plus pragmatique et réaliste en renonçant au dualisme raison/volonté »¹⁷⁸. En effet, tous les juristes ont tendance à prescrire, en mêlant raison et volonté et, tôt ou tard, ils finissent par guider les juges et les législateurs. En bref, le juriste joue un rôle non seulement scientifique mais aussi social.

§ 2. Deuxième critique: l'interprétation juridique

Selon Perelman, Kelsen se méprend sur le véritable rôle de l'interprétation. Il est faux de maintenir ainsi le juge dans son rôle classique de serviteur de la loi¹⁷⁹ et de ne lui laisser de latitude qu'à l'intérieur du cadre fixé par le droit. En effet, d'après Kelsen :

« Si l'on entend par « l'interprétation » la détermination par voie de connaissance du sens de l'objet à interpréter, le résultat d'une interprétation juridique ne peut être que la détermination du cadre que le droit à interpréter représente, et par là la reconnaissance de plusieurs possibilités qui existent à l'intérieur de ce cadre »¹⁸⁰.

En ce sens, toutes les interprétations qui sont le produit de l'activité interprétative du juge ont une valeur égale en termes de droit ; l'une de ces interprétations n'est pas plus correcte qu'une autre. Le juge peut donc choisir librement l'une de ces interprétations. Le choix de l'une des possibilités présentées par l'interprétation sera « conforme au droit », quel qu'il soit¹⁸¹. S'il est vrai que la création par le juge d'une norme individuelle à partir d'une norme générale est un produit de la volonté, Kelsen limite cette liberté au cadre dessiné par la norme générale. D'après Kelsen, « l'obtention de la norme individuelle dans la procédure d'application de la loi (...) est une fonction de la volonté », mais seulement « dans la mesure où, à cette occasion, le cadre

¹⁷⁷ Bobbio, Norberto, art. préc., p. 175.

¹⁷⁸ Brunet, Pierre, art. préc., p. 190.

¹⁷⁹ Perelman, Chaïm, *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique*, *ibid.*, p. 38.

¹⁸⁰ Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, 2^{re} éd. révisée et augmentée, Vienne, Franz Deuticke, p. 349 ; *Théorie pure du droit*, trad. De la 2^e éd. par Charles Eisenmann (1962), rééd. Paris, Bruxelles, LGDJ-Bruylant, 1999, p. 338 (cité par Jouanjan, art. préc., p. 34).

¹⁸¹ Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, *ibid.*, p. 348 ; *Théorie pure du droit*, *ibid.*, p. 338 (cité par Jouanjan, *ibid.*, p. 34).

de la norme générale est rempli »¹⁸². En conséquence, ainsi que l'a souligné Olivier Jouanjan, « il faut donc admettre que, dans la décision du juge – ou de tout autre organe d'application -, une opération cognitive – déterminer le *cadre* des possibles – précède l'opération volitive – le choix entre les diverses possibilités »¹⁸³. C'est ce point que Perelman critique en se référant au rôle classique du juge en tant que serviteur de la loi. Si l'on suit cette théorie, un juge placé devant une situation parfaitement univoque et à laquelle ne s'appliquerait qu'une seule loi aux termes parfaitement clairs n'arriverait qu'à une seule conclusion possible. Mais cela n'est pas le cas. Pour le montrer, Perelman nous présentera, à titre d'exemple, un cas aussi simple que possible. Il va prendre « une règle qui semble n'offrir aucune possibilité de contestation, aucune ambiguïté, une règle qui soit aussi claire, aussi non équivoque que possible »¹⁸⁴. Il va emprunter un exemple fictif de Herbert L. A. Hart :

« Supposons un règlement de police dont le texte présent sur un panneau à l'entrée d'un parc public : « l'entrée des véhicules dans ce parc est interdite ». [...] Supposons qu'un agent de police poste devant les grilles du parc soit le premier juge. Cet agent de police voit quelqu'un entrer avec une voiture d'enfant. Il se demande : est-ce que c'est un véhicule ? Non, se dit-il, une poussette, ce n'est pas un véhicule, on laisse passer. Puis entre un petit enfant avec un [sic] automobile électrique : bon, on va le laisser entrer. Il se dit : un véhicule c'est une voiture automobile, ou une motocyclette, tout ce qui fait du bruit, qui pollue l'air, c'est cela qu'on veut éliminer. Il y a la première interprétation du mot véhicule, qu'on interprète en fonction d'une certaine finalité du règlement, on se demande pourquoi cette prescription. Et puis voilà qu'une ambulance vient, quelqu'un a eu une crise cardiaque : faut-il laisser entrer l'ambulance dans le parc ? Que va dire le juge, la loi est claire et sans ambiguïté ? [...] Et puis, un enfant est tombé et s'est cassé la jambe et on fait venir un taxi pour le conduire à l'hôpital, et puis une femme enceinte a été surprise au parc, que l'on voudrait conduire en voiture à la maternité. Quels sont ces problèmes que l'agent de police devra résoudre ? S'agit-il [simplement] d'interprétation du mot véhicule ? »¹⁸⁵

Dans ce cas, il est évident que, pour rendre la justice, il ne suffit pas de déterminer les significations possibles offertes par le texte de loi. Le texte du règlement est suffisamment clair pour ne laisser aucune place à une autre alternative : les ambulances et les taxis sont interdits

¹⁸² Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre, ibid.*, p. 351 ; *Théorie pure du droit, ibid.*, p. 340 (cité par Jouanjan, *ibid.*, p. 34).

¹⁸³ Jouanjan, *ibid.*, p. 34.

¹⁸⁴ Perelman, Chaïm, « Droit, logique et épistémologie », in *Éthique et Droit, ibid.*, p. 627.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 627.

d'accès au parc. Est-ce la décision que l'on attendrait d'un juge : appliquer le règlement à la lettre, en dépit des conséquences ? Certainement pas, puisqu'il incombe aussi au juge d'interpréter les textes de loi au regard des valeurs que l'ordre juridique est censé protéger et promouvoir, même si ces valeurs ne sont pas explicitement mentionnées dans les lettres de la loi. En d'autres termes, dans la réalité, au lieu d'être un simple calculateur, le juge est amené à confronter des valeurs¹⁸⁶.

En outre, comme on l'a indiqué plus haut, bien que la théorie pure du droit reste fidèle à la conception classique du pouvoir juridique, elle en diffère en ce qu'elle ne voit pas le juge comme un automate, et ne réduit pas son rôle à l'application du syllogisme judiciaire. Kelsen, reconnaît sa participation à l'élaboration du droit que le juspositivisme classique lui refusait. Le juge de Kelsen a l'autorité nécessaire dont « il use parfois »¹⁸⁷ pour concrétiser ou pour individualiser une norme générale dans des cas particulier d'application ; il participe, en énonçant une nouvelle norme, dite individuelle, à la création du droit. Mais ce rôle attribué au juge est bien limité, comme l'explique Hugo Hardy, en se référant à la norme individuelle kelsénienne :

« Bien que le contenu de cette norme soit, dans une certaine mesure, juridiquement arbitraire (puisque'elle ne peut faire l'objet d'une déduction formelle), la norme est considérée valide en raison du fait qu'elle se tient dans les limites tracées par les normes générales. C'est à la découverte de ces limites que sert l'interprétation, et c'est à ce rôle qu'elle doit se borner, car le juge n'est pas là pour juger la loi mais pour juger par elle. La Théorie pure du droit maintient donc la séparation entre le législatif et le judiciaire ; elle ne fait qu'inclure les décisions judiciaires dans l'ordre juridique positif en les assimilant, en quelque sorte, à une sous-législation complémentaire mais subordonnée »¹⁸⁸.

En réalité, selon Perelman, le rôle du juge apparaît plus que cela, étant donné que, dans l'interprétation du sens et de la portée des lois, le pouvoir judiciaire coopère de fait avec le pouvoir législatif. Le juge, en pratique, ne se contente pas de concrétiser ou d'individualiser le sens de l'expression normative contenue dans une loi, il l'actualise également, le détermine plus précisément, dans certaines mesures, en considérant les valeurs que le droit est censé protéger. Perelman souligne l'importance de l'*effectivité* en ce sens, en le distinguant de la *validité* de

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 628.

¹⁸⁷ Perelman, Chaïm, « À propos de l'idée d'un système de droit », in *Éthique et Droit*, *ibid.*, p. 512.

¹⁸⁸ Hardy, Hugo, art. préc., p. 57.

Kelsen. La validité désigne le respect des conditions formelles de production d'une norme¹⁸⁹ et il concerne un texte ; l'effectivité porte sur l'application concrète qui en est faite, documentée et justifiée dans la jurisprudence et il nécessite une interprétation au sens élargi que Perelman confère à ce mot. « Tandis qu'aux questions de validité formelle on peut répondre *oui* et *non*, les questions d'effectivité appellent des réponses plus nuancées »¹⁹⁰ dit Perelman, et il ajoute : « en effet, entre le moment où une loi est promulguée et celui où elle tombe en désuétude, la validité formelle reste la même, alors que son effectivité peut présenter des degrés variables »¹⁹¹. En d'autres termes, la validité formelle ne nous dit rien sur l'applicabilité des normes non désuètes. À cet égard, pour montrer l'importance de l'effectivité, Perelman nous donne plusieurs exemples, tirés de la jurisprudence belge et française, de décisions dans lesquelles le juge a préféré de ne pas appliquer la loi afin d'éviter des résultats inéquitables ou pour parler comme Perelman, des conséquences déraisonnables. Même si Pierre Brunet reproche, à ce propos, à Perelman d'utiliser inlassablement les mêmes exemples dans son œuvre¹⁹², un seul exemple suffit souvent à illustrer l'aporie d'une théorie ou d'une idée. Citons l'un de ces exemples, pour comprendre mieux ce que Perelman nous disait :

« Quand un propriétaire érige sur le bord de son terrain une construction qui empiète légèrement sur la propriété du voisin, celui-ci pourrait, en vertu de l'article 555, revendiquer l'intégralité de son terrain et obtenir la destruction de l'immeuble. Mais si la construction est importante, et l'empiètement faible, l'application stricte de l'article 555 [paraîtrait] choquante et peu équitable. La Cour se contentera d'accorder au propriétaire un dédommagement pour la perte de la parcelle de son terrain. »¹⁹³

Comme le montre cet exemple et bien d'autres, dans la pratique judiciaire, le juge ne prononce jamais simplement les lettres de la loi, mais il fonde sa décision sur une interprétation de ses objectifs et des conséquences possibles de son application. Son pouvoir discrétionnaire ne se contente pas du cadre législatif ni de la détermination de l'interprétation des choix possibles dans ce cadre. Selon Perelman, la pratique des juges est loin de suivre la conception positiviste de Kelsen. La distinction nette établie par la théorie pure du droit entre le pouvoir judiciaire et

¹⁸⁹ Perelman, Chaïm, « À propos de la règle de droit », in *Éthique et Droit, ibid.*, p. 734.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 734.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 734-735.

¹⁹² « À savoir, d'abord, que les exemples choisis par Perelman sont certes significatifs mais résultent eux-mêmes d'un choix tant de sa part que de celle des nombreux juristes auxquels il a si souvent fait appel. » (Brunet, Pierre, art. préc., p. 200-201), « On peut aussi remarquer sans perfidie aucune que, d'un livre à un article et d'un article à l'autre, Perelman reprend les mêmes exemples. » (Brunet, Pierre, *ibid.*, p. 201).

¹⁹³ Perelman, Chaïm, « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », in *Éthique et Droit, ibid.*, p. 522.

le pouvoir législatif est, donc, essentiellement artificielle, selon lui. Le rapport, ou bien la collaboration effective entre le judiciaire et le législatif est conforme à la mission du droit, qui est censé se servir des objectifs politiques et sociaux¹⁹⁴.

La deuxième critique de Perelman à l'égard de la théorie pure du droit en matière d'interprétation, cette fois-ci, ne concerne pas les limites du cadre juridique qui restreint le rôle du juge, mais le processus par lequel le juge parvient à une décision dans ce cadre. Nous avons déjà indiqué plus haut que, Kelsen se distinguait de la conception classique du juspositivisme en ne considérant pas le juge comme un automate, et qu'il reconnaît au juge une liberté à condition qu'il reste dans le cadre légal. D'après lui, le juge, dans sa fonction, choisit arbitrairement l'une ou l'autre des interprétations possibles autorisées par le cadre légal. Perelman, à ce propos, rend justice à la Théorie pure du droit, Kelsen reconnaît à la volonté libre du juge le loisir de formuler son jugement :

« Kelsen reconnaît, sans doute, que le juge n'est pas un simple automate, dans la mesure où les lois qu'il applique, permettant des interprétations variées, lui donnent une certaine latitude, mais le choix entre ces interprétations relève non de la science du droit, ni de la connaissance, mais d'une volonté libre et arbitraire, qu'une recherche scientifique, qui se veut objective, et étrangère à tout jugement de valeur, ne peut guider d'aucune façon. »¹⁹⁵

Pour Kelsen, puisque la décision judiciaire est arbitraire, à savoir, le produit d'une volonté et non d'une connaissance, elle ne peut, conséquemment, relever de la science juridique même s'il est reconnu par l'ordre juridique. Car, selon Kelsen, la science du droit ne consiste qu'en la connaissance du droit positif, c'est-à-dire de la connaissance objective du droit.

Or, selon Perelman, le pouvoir judiciaire n'est pas « un pouvoir arbitraire dont le juge peut user à sa guise »¹⁹⁶. S'il est vrai que le pouvoir décisionnel du juge n'est pas le résultat d'une nécessité absolue, il n'est pas non plus soumis à l'arbitraire du juge. « Dans les systèmes juridiques modernes, sous peine de sanctions pénales, le juge est obligé de juger et de motiver ses décisions »¹⁹⁷, affirme Perelman. Il ne fait aucun doute qu'il fait ici référence à l'article 4

¹⁹⁴ Hardy, Hugo, *ibid.*, p. 58.

¹⁹⁵ Perelman, Chaïm, *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique*, op. cit., p. 68.

¹⁹⁶ Perelman, Chaïm, « La théorie de pure du droit et l'argumentation », in *Éthique et Droit*, *ibid.*, p. 574.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 573.

du Code Napoléon¹⁹⁸, qu'il cite inlassablement dans ses écrits. Ici, donc, Perelman va changer de rôle avec Kelsen, et il va prendre la défense de la sécurité juridique, le dogme du juspositivisme contre lequel il construit toute sa théorie. Le raisonnement juridique doit soumettre à un ensemble de règles propres au domaine juridique, d'après Perelman, afin de limiter le pouvoir d'appréciation du juge dans la recherche de la vérité et dans la détermination de ce qui est juste¹⁹⁹. Le juge est obligé de motiver sa décision, et dans ce but, il doit fonder sa décision sur la connaissance des solutions judiciaires précédentes avec des litiges similaires. À cet égard, les décisions et leurs motivations sont d'une grande importance pour le développement de l'ordre juridique, selon Perelman, car elles créent des précédents pour l'application de la règle de justice, qui exige que l'on traite de la même façon des situations essentiellement semblables, dans les jugements futurs²⁰⁰. Il admet que « cette règle n'est ni univoque ni contraignante, car le juge est autorisé à montrer que la nouvelle situation n'est pas essentiellement semblable au précédent ; mais il ne lui suffit pas de le prétendre, il doit encore justifier son point de vue »²⁰¹. Donc, le juge n'est pas prisonnier de la tradition, il peut toujours rendre un jugement différent et décider autrement, pour autant qu'il motive et argumente bien sa décision, afin de maintenir la sécurité juridique. En somme « la décision judiciaire n'est donc pas arbitraire mais *fondée*, et fondée en droit de surcroît, bien qu'il n'existe jamais une seule décision nécessaire pour un cas donné »²⁰².

Tout le problème du normativisme, indique Perelman, « dérive d'une théorie de la connaissance qui n'accorde de la valeur qu'à un savoir non controversé »²⁰³, et par conséquent, la théorie pure du droit nie l'existence d'une rationalité pratique. Perelman reconnaît l'inexistence des fondements nécessaires et absolus de l'éthique, cependant pour lui cela ne signifie pas que nos choix pratiques sont dépourvus de tout fondement. C'est pourquoi, il oppose aux raisons nécessaires des « raisons suffisantes », autrement dit, satisfaisantes, mais ni absolues, ni incontestables²⁰⁴. À ce propos, contrairement au juspositivisme qui exclut les valeurs parce qu'arbitraires, Perelman exige des valeurs pour ne pas tomber dans l'arbitraire -

¹⁹⁸ « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité, ou de l'insuffisance de la loi, pourra être suivi comme coupable de déni de justice » (article 4 du Code Napoléon).

¹⁹⁹ Perelman, Chaïm, « Le raisonnement juridique », in *Éthique et Droit*, *ibid.*, p. 586.

²⁰⁰ Perelman, Chaïm, « La théorie de pure du droit et l'argumentation », in *Éthique et Droit*, *ibid.*, p. 574.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 574.

²⁰² Hardy, Hugo, *ibid.*, p. 61.

²⁰³ Perelman, Chaïm, *ibid.*, p. 572.

²⁰⁴ Hardy, Hugo, *ibid.*, p. 61.

ni dans le formalisme. Pour lui, la seule façon possible d'assurer le fonctionnement de la justice est de rétablir les valeurs dans le champ de l'argumentation juridique²⁰⁵.

En somme, la théorie pure du droit de Kelsen, « sépare d'une façon beaucoup trop rigide le droit du fait, selon Perelman, accorde trop à l'arbitraire du juge dans le cadre de la loi, néglige le rôle essentiel de la règle de justice formelle, demandant le traitement égal de situations essentiellement semblables, et refuse toute référence à des jugements de valeur, comme si la justice et l'équité étaient des notions étrangères au droit »²⁰⁶. Néanmoins, d'après Perelman, en se refusant le recours aux jugements de valeur, « Kelsen est incapable de ne rien dire quant au contenu des décisions tant législatives que judiciaires »²⁰⁷, et « le dualisme kelsénien ne correspond ni à la méthodologie juridique ni à la pratique judiciaire »²⁰⁸, c'est pourquoi, selon lui, « Th. Viehweg a raison de dire que la théorie pure de Kelsen doit être complétée par une théorie rhétorique du droit, qui permet d'instaurer un dialogue concernant le bien-fondé des décisions prises par l'autorité compétente »²⁰⁹. Ce sera précisément la tâche de sa *Nouvelle rhétorique*, que nous aborderons dans la deuxième partie de notre étude.

Dans la première partie de notre travail, nous avons vu, d'un point de vue perelmanien, les paradoxes des deux figures importantes du positivisme juridique, l'École de l'exégèse et la théorie pure du droit, et dans quelle mesure leurs thèses fondamentales ne coïncident pas avec la réalité judiciaire. Selon notre auteur, d'une part, l'approche formaliste de l'École de l'exégèse, qui réduit le droit au texte de loi et à la volonté du législateur et qui voit le juge comme « la bouche de la loi », ne satisfait pas notre besoin de justice et d'équité et, en plus, après la Deuxième Guerre Mondiale, avec l'avènement de l'État criminel qu'était l'État national-socialiste, il ne semble plus possible de défendre un tel formalisme, la thèse selon laquelle « la loi est la loi »²¹⁰. D'autre part, la théorie pure du droit, telle qu'elle s'est manifestée chez Kelsen, conforme à l'objectif d'élever la théorie du droit « au niveau et rang d'une véritable science », excluant de la science du droit tout jugement de valeur et donnant au juge la liberté de choisir arbitrairement parmi différentes possibilités présentées par l'interprétation du cadre légal, ne coïncide pas avec la réalité judiciaire. Conformément à l'atmosphère antipositiviste

²⁰⁵ Goltzberg, Stefan, *op. cit.*, pp. 32-33.

²⁰⁶ Perelman, Chaïm, *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique.*, *ibid.*, p. 69.

²⁰⁷ Perelman, Chaïm, « À propos de l'idée d'un système de droit », in *Éthique et Droit*, *ibid.*, p. 513.

²⁰⁸ Perelman, Chaïm, « La théorie de pure du droit et l'argumentation », in *Éthique et Droit*, *ibid.*, p. 573.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 513.

²¹⁰ Perelman, Chaïm, *Logique juridique, Nouvelle Rhétorique*, *ibid.*, p. 70.

de l'époque, pour échapper à la fois aux pièges du formalisme et du nihilisme, Perelman proposait une troisième voie, au-delà du positivisme juridique et du droit naturel, une nouvelle approche au droit, inspirée de la rhétorique et des topiques d'Aristote.

PARTIE II : ARGUMENTATION ET DROIT : LA NOUVELLE RHÉTORIQUE JURIDIQUE

Dans cette partie de notre étude, nous analyserons d'abord la nouvelle rhétorique et son lien avec la logique juridique telle qu'elle se sont présentées par Perelman (**Chapitre I**), et ensuite, nous examinerons les concepts essentiels de l'argumentation juridique (**Chapitre II**).

CHAPITRE I – La nouvelle rhétorique et la logique juridique

Afin de mieux comprendre la logique juridique, il conviendra d'examiner d'abord la théorie générale de l'argumentation sur laquelle Perelman a mené ses travaux sur le raisonnement juridique (**Première Section**), puis de voir comment cela ouvre la possibilité d'une théorie de l'argumentation juridique (**Deuxième Section**).

Section 1 – De l'ancienne rhétorique à la Nouvelle rhétorique

Dans cette section, nous analyserons d'abord la rencontre de Perelman avec l'ancienne rhétorique et sa redéfinition de la rhétorique (§ 1), puis nous examinerons deux concepts importants de la nouvelle rhétorique (§ 2).

§ 1. Une rencontre inattendue et la Nouvelle rhétorique

L'histoire de la rencontre entre Perelman et la rhétorique peut remonter, en quelque sorte, à son essai de 1945, *De la justice*²¹¹, dans lequel il essaye de trouver une définition de la justice formelle. Ayant défini la règle de justice formelle, à la suite de cette étude qui est mené dans un esprit positiviste, comme « de traiter de la même façon des situations essentiellement semblables »²¹², Perelman remarque que dès que l'on veut appliquer cette règle à une situation particulière plusieurs questions surgiraient. D'abord il faut décider si une situation nouvelle est ou n'est pas essentiellement semblable à une autre qui pourrait servir de précédent. Mais comment distinguer ce qui est essentiel de ce qui ne l'est pas, ce qui importe de ce qui est négligeable ? Pour trouver des réponses à ces questions, le recours aux jugements de valeur devient inévitable. Perelman admet qu'à l'époque où il a rédigé son article « De la justice », il considérait tous les jugements de valeur comme entièrement arbitraires²¹³. En effet, comme

²¹¹ Perelman, Chaïm, « De la justice », in *Éthique et Droit*, *ibid.*, pp. 23-94.

²¹² *Ibid.*, p. 41.

²¹³ Perelman, Chaïm, *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique.*, *ibid.*, p. 100-101.

l'affirme Michel Meyer, pendant ses études à l'université de Bruxelles, où il étudie le droit et la philosophie, l'horizon de Perelman était le positivisme logique²¹⁴. Selon cette doctrine, la raison est mathématique ou non, le raisonnement est contraignant et non négociable. Hormis la logique, il n'existe aucun salut pour aucune autre forme de rationalité. Dans ce cas, dirait-on que tous les domaines où le raisonnement analytique n'est pas appliqué sont irrationnels ? Le problème est que tant le droit que la philosophie, contrairement aux sciences positives, utilisent un raisonnement plus souple. Les conclusions ne sont que vraisemblables, mais rarement certaines, comme en mathématiques. Cette philosophie positiviste selon laquelle il n'y a qu'une forme de rationalité, celle des mathématiques, aurait donc signifié le rejet de toute philosophie pratique²¹⁵. Dans ce cas, si tous les jugements de valeur étaient arbitraires et irrationnels, en cas de conflit, comment celui-ci serait-il tranché ? Ne serait-il résolu que par la violence, ou la raison du plus fort serait-elle la meilleure ?²¹⁶ Face à toutes ces questions, en s'inspirant de la méthode du logicien allemand Gottlob Frege²¹⁷, Perelman commence à élaborer une logique des jugements de valeur qui ne fasse pas dépendre de l'arbitraire de chacun. Il déclare le résultat inattendu de son travail qu'il a commencé, dans ce but, en 1947, avec la statisticienne Madame Olbrechts-Tyteca :

« Ce travail de longue haleine, entrepris avec Mme Olbrechts-Tyteca, nous a menés à des conclusions inattendues, et qui ont constitué pour nous une révélation, à savoir, qu'il n'existait pas de logique spécifique des jugements de valeur, mais que ce que nous cherchions avait été développé dans une discipline très ancienne, actuellement oubliée et méprisée, à savoir la rhétorique, l'ancien art de persuader et de convaincre. »²¹⁸

En effet, cet art ancien était oublié, ou du moins n'était plus utilisé que dans un sens péjoratif. Depuis ses origines, dans la Sicile grecque, vers 465²¹⁹, la rhétorique avait des

²¹⁴ Meyer, Michel, « Introduction », in Meyer, Michel (éd.), *Perelman. Le renouveau de la rhétorique.*, Paris, PUF, coll. « Débats philosophiques », 2004, p. 9.

²¹⁵ Perelman, Chaïm, *ibid.*, p. 101.

²¹⁶ Perelman, Chaïm, *L'empire rhétorique. Rhétorique et argumentation.*, Paris, Vrin, coll. « Bibliothèque des textes philosophiques », 2012, p. 9.

²¹⁷ « Pour élaborer une telle logique, je n'ai pas cru mieux faire que de m'inspirer de la méthode utilisée par le célèbre logicien allemand Gottlob Frege, pour renouveler la logique formelle. En partant de l'idée que l'on trouvera dans les déductions des mathématiciens les meilleurs échantillons d'un raisonnement logique, il a analysé leurs techniques de preuve pour dégager les procédés de ceux qui, ne se contentant pas d'un recours à l'intuition et à l'évidence, cherchent à démontrer leurs théorèmes d'une façon rigoureuse. Une analyse analogue ne devrait-elle pas, à partir des raisonnements impliquant des valeurs, permettre de dégager ce que l'on pourrait appeler une logique des jugements de valeurs ? » (Perelman, Chaïm, *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique.*, *ibid.*, p. 101).

²¹⁸ Perelman, Chaïm, *L'empire rhétorique. Rhétorique et argumentation.*, *ibidem*, p. 9-10.

²¹⁹ Reboul, Olivier, *Introduction à la rhétorique*, Paris, PUF, 2013. p.14

connotations négatives pour beaucoup²²⁰. L'Antiquité nous a légué une certaine crainte de cet art²²¹. Il est vrai que, aujourd'hui, le nom et l'adjectif « rhétorique » restent péjoratifs dans des acceptations courantes, où ils désignent des paroles creuses et trompeuses. Comme « littéraire », « prosaïque », « sophistique » - tous termes avec lesquels il a partie liée -, le mot « rhétorique » est parfois porteur d'un recul et d'un soupçon, qui répondent à des peurs très profondes devant la puissance du langage, devant ses facultés d'autonomie par rapport aux choses et aux idées, devant les risques de son mésusage²²². On la voit comme « science du confus »²²³ comme le disait Meyer. À ce propos, le témoignage de Perelman est assez remarquable :

« Lors de mes études de philosophie, personne ne m'a parlé de rhétorique autrement qu'en termes péjoratifs, et je savais que, dans plusieurs de ses dialogues, Platon attaquait les sophistes et les maîtres de rhétorique, parce que plus préoccupés de flatter leurs auditeurs que de leur enseigner la vérité, chère à Socrate. D'ailleurs le terme « rhétorique » est absent du *Vocabulaire philosophique* de Lalande, ce qui indique clairement que, à son avis, il ne présente aucun intérêt pour le philosophe. »²²⁴

À la suite de ses efforts méritoires, cette « science du confus » deviendra un instrument précieux de la raison pratique²²⁵ sous la plume de Perelman. C'est pour cela que « beaucoup le rangent parmi les plus grands de l'histoire de la rhétorique, aux côtés de Quintilien et de Cicéron »²²⁶. Le défi de la rhétorique proposé par Perelman porterait sur l'argumentation comprise comme un raisonnement pratique²²⁷. L'argumentation dialectique, chez Perelman, contrairement à celle d'Aristote, prend une nouvelle signification en englobant toutes les questions morales et politiques, voire tout le domaine de la connaissance²²⁸. Cette nouvelle rhétorique fondée sur un élargissement de la raison à ce qui n'est pas forcément scientifique, ou bien, selon les termes de Perelman, au champ du raisonnable, contrairement à celui du rationnel, caractéristique du domaine mathématico-scientifique. Ainsi que l'explique Michel Meyer « cette ouverture de la raison à la rhétorique signifiait en fait sa réhabilitation. Perelman

²²⁰ Meyer, Michel, *La Rhétorique*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? » 2020, p. 3.

²²¹ Pernot, Laurent, *La Rhétorique dans l'Antiquité*, Paris, Librairie générale française, coll « Le Livre de Poche », 2000, p. 5.

²²² *Ibidem*, p. 5.

²²³ Meyer, Michel, *ibidem*, p. 3.

²²⁴ Perelman Chaïm, *ibid.*, p. 7.

²²⁵ Perelman, Chaïm, *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique.*, *ibid.*, p. 103.

²²⁶ Meyer, Michel, *ibid.*, p. 9.

²²⁷ Vannier, Guillaume, *op. cit.*, p. 66.

²²⁸ *Ibid.*, p. 47.

voulait montrer comment elle était à l'œuvre en droit, en philosophie et dans d'autres disciplines, comme les sciences humaines »²²⁹. Dans le fond, son monumental ouvrage *Traité de l'argumentation*²³⁰, il s'agit donc d'une analyse de la rhétorique fondée sur l'argumentation.

La *Rhétorique* d'Aristote, et plus généralement des raisonnements dialectiques d'Aristote joue un rôle important dans l'élaboration de la Nouvelle rhétorique. Du début à la fin de son œuvre, Aristote est la principale référence de Perelman. Il le mentionne souvent comme un inspirateur des importants principes de sa Nouvelle Rhétorique. À ce propos, l'opposition entre le raisonnement dialectique et le raisonnement analytique, sur laquelle la pensée perelmanienne a été fondée, en est peut-être le meilleur exemple. Perelman la décrit ainsi :

« Aristote a distingué, dans son Organon, deux espèces de raisonnements, des raisonnements analytiques et de raisonnements dialectiques. L'étude qu'il a entreprise de ceux-là dans les *Premiers et Seconds Analytiques*, lui a valu d'être considéré, dans l'histoire de la philosophie, comme le père de la logique formelle. Mais les logiciens modernes ont perdu de vue, parce qu'ils n'en avaient pas perçu l'importance, qu'il avait étudié les raisonnements dialectiques dans les *Topiques*, la *Rhétorique* et les *Réfutations sophistiques*, ce qui fait de lui, également, le père de la théorie de l'argumentation. »²³¹

Perelman rappellera à ses contemporains l'importance de l'héritage aristotélicien, à ce stade. Il va aller plus loin et redéfinir la rhétorique à partir de la *Rhétorique* d'Aristote, contrairement à la tendance dominante de toute l'époque moderne et même contemporaine en donnant la priorité à la figure d'argument sur la figure de style. La rhétorique a été définie par Aristote comme l'art de rechercher, dans toute situation, les moyens de persuasion disponibles. Perelman en le modifiant et le prolongeant, nous donne une nouvelle définition. Pour lui, la rhétorique a pour objet « l'étude des techniques discursives permettant *de provoquer ou d'accroître l'adhésion des esprits aux thèses qu'on présente à leur assentiment* »²³². Ces thèses sont formulées dans une langue spécifique, élaborées dans l'histoire d'une communauté culturelle, parfois d'une communauté professionnelle, d'une culture, du développement d'une

²²⁹ Meyer, Michel, *ibid.*, p. 10.

²³⁰ Perelman, Chaïm, et Olbrechts-Tyteca, Lucie, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique.*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2008.

²³¹ Perelman, Chaïm, *L'empire rhétorique. Rhétorique et argumentation.*, *ibid.*, p. 17.

²³² Perelman, Chaïm, et Olbrechts-Tyteca, Lucie, *ibidem*, p. 5.

discipline. Mais, en tout état de cause, « une langue naturelle ou technique n'est ni nécessaire ni arbitraire »²³³, écrit Perelman. Elles ne sont pas immuables, elle évolue, mais pas sans raison, on ne peut les modifier sans raison²³⁴. Selon Goltzberg, par ce passage, Perelman indique de toute évidence deux pièges à éviter : « croire que la langue reflète objectivement le monde d'une seule manière possible » et « réduire le choix des mots à un choix arbitraire »²³⁵. Pour Perelman, la langue ne peut être séparée des valeurs qui la structurent, « l'apprentissage d'une langue, donc, signifie aussi l'adhésion aux valeurs »²³⁶. Cette particularité de la langue révèle, en un sens, la principale caractéristique de la Nouvelle rhétorique.

Tant chez Aristote que chez Perelman, d'ailleurs, on retrouve une rhétorique centrée sur le rôle subordonnant du *logos*²³⁷. Perelman privilégie le convaincre au bien-parler, il néglige surtout le rôle du *pathos*, c'est parce qu'il fait partie de la psychologie. Michel Meyer, à ce propos, lui reprocherait d'être trop rationnel, se limitant à des arguments, alors que l'auditoire est souvent aveuglé par des passions²³⁸. Pour lui, « Toute rhétorique opère avec et sur des passions. Le savoir, c'est les démasquer pour ce qu'elles sont »²³⁹. De même, « une rhétorique sans émotions est-elle encore une rhétorique ? »²⁴⁰ demande Christian Plantin, en attirant l'attention sur cet aspect de la nouvelle rhétorique perelmanienne. Il n'y a pas de rhétorique, d'après lui, sans émotions, sans action oratoire construite en fonction de l'occasion, devant un public concret, que le *Traité* abolit au profit d'une abstraction rationalisante, l'auditoire universel²⁴¹.

Afin de mieux comprendre cette nouvelle définition de la rhétorique, qui privilégie le *logos* sur l'*ethos* et le *pathos*, il convient de faire quelques remarques complémentaires.

La première est que, pour Perelman, la rhétorique « cherche à persuader au moyen du discours ». D'où, il exclut tout le recours à l'expérience et à la violence comme la caresse. Pour obtenir l'adhésion à une affirmation, le recours à l'expérience ne relève pas de la rhétorique,

²³³ Perelman, Chaïm, *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique.*, *ibid.*, p. 114.

²³⁴ *Ibid.*, p. 115.

²³⁵ Goltzberg, Stefan, *op. cit.*, p. 36.

²³⁶ Perelman, Chaïm, *ibid.*, p. 110.

²³⁷ Meyer, Michel, *ibid.*, p. 11.

²³⁸ *Ibid.*, p. 11.

²³⁹ Meyer, Michel, « Introduction » à la *Rhétorique* d'Aristote, Le Livre de Poche, 1991, p. 63.

²⁴⁰ Plantin, Christian, « Sans démontrer ni (s')émouvoir », in Meyer, Michel (éd.), *Perelman. Le renouveau de la rhétorique.*, *ibid.*, p. 67.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 78.

selon lui, parce que pour adhérer à l'énoncé d'un fait, l'expérience n'est pas suffisante. Pour qu'elle puisse suffire il faut avoir un accord préalable sur les sens des mots utilisés dans l'énoncé. Dès que l'on discute du sens du mot, et pour obtenir un accord à ce propos, il sera indispensable de recourir à la rhétorique, mais cette rhétorique a été conçue au sens large par Perelman, elle englobe également les topiques et la dialectique, les techniques propres au débat et à la controverse²⁴².

Une deuxième remarque porte sur la démonstration et les rapports de la logique formelle à la rhétorique. La preuve démonstrative telle qu'elle est analysée par la logique formelle, à condition de reconnaître la vérité des prémisses sur lesquelles elle repose, est plus que persuasive, elle convaincante. À ce stade, Descartes et les autres rationalistes ont pu ignorer la rhétorique dans la mesure où ils avaient accès à une certaine *évidence* qui garantissait la vérité des prémisses. Mais dès qu'un mot n'est pas précis et peut être utilisé dans plusieurs sens, dès qu'il est nécessaire de clarifier un concept ambigu et confus, se pose un problème de choix et de décision que la logique formelle ne peut pas résoudre ; il est nécessaire de motiver le choix afin d'obtenir une adhésion à la solution proposée, et l'étude des arguments relève de la rhétorique²⁴³.

La troisième est que l'adhésion à une thèse peut être d'une intensité variable, chose essentielle quand il s'agit non de vérités, mais de valeurs. Alors que les raisonnements démonstratifs, à savoir, les déductions formelles sont vraies ou fausses, les arguments, c'est-à-dire les raisons présentées en faveur ou contre une thèse, sont plus ou moins forts et varient selon l'intensité d'adhésion de l'auditoire ²⁴⁴.

La quatrième remarque porte sur la distinction entre la rhétorique et la logique formelle. La rhétorique diffère de la logique formelle en ce qu'alors que la logique formelle concerne la vérité, la rhétorique ne concerne pas tant la vérité que l'adhésion. Les vérités sont impersonnelles, et le fait qu'on les reconnaît, ou non, ne change rien à leur statut. Mais l'adhésion est toujours l'adhésion d'un ou plusieurs esprits auxquels on s'adresse, c'est-à-dire

²⁴² Perelman, Chaïm, *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique.*, *ibid.*, p. 105-106.

²⁴³ À cet égard, malgré l'opposition nette entre démonstration et argumentation établie par Perelman, selon Plantin il est possible d'en bâtir une autre vision : « La démonstration ne doit pas être vue comme le repoussoir de l'argumentation, [...], fondée sur le dialogue, qui met en continuité argumentation et démonstration, et ouvre à l'argumentation les domaines que le *Traité* contournait » (Plantin, Christian, *ibid.*, p. 78-79).

²⁴⁴ Perelman, Chaïm, *ibid.*, p. 109.

d'un auditoire. D'où, l'importance de la notion d'auditoire qui apparaît pour la Nouvelle rhétorique.

§ 1. Deux notions centrales chez Perelman: auditoire et le lieu commun

a. La notion d'auditoire

Puisqu'un discours ne peut être efficace²⁴⁵ que s'il est adapté à l'auditoire qu'il veut persuader ou convaincre, la notion d'auditoire devient centrale en rhétorique. Selon Aristote, la rhétorique a pour but de gagner l'adhésion d'un auditoire non spécialisé qui ne peut suivre un raisonnement compliqué. C'est là que réside l'une des plus importantes innovations que Perelman apporte à la rhétorique aristotélicienne. Contrairement à Aristote, la notion d'auditoire n'est pas limitée chez Perelman, selon lui « une argumentation persuasive ou convaincante peut s'adresser à n'importe quel auditoire, qu'il s'agisse de savants ou d'ignorants, que l'on s'adresse à une personne, à un petit nombre ou à l'humanité tout entière »²⁴⁶. Même, « on argumente aussi avec soi-même, dans une délibération intime »²⁴⁷, écrit-il. Donc la nouvelle rhétorique ne se bornera pas « à l'examen des techniques du discours public, adressé à une foule non spécialisée », mais s'intéressera également « au dialogue socratique, à la dialectique, telle qu'elle a été conçue par Platon et Aristote, à l'art de défendre une thèse et d'attaquer celle de l'adversaire, dans une controverse »²⁴⁸. Elle englobera donc tout le domaine de l'argumentation qui complète la démonstration et la preuve inférentielle qui traite la logique formelle.

À la différence de des méthodes de la logique formelle, qu'il n'y a aucune place pour les réactions de l'auditoire, l'argumentation doit partir de thèses auxquelles ceux que l'on veut persuader ou convaincre accordent leur adhésion. Dès lors, pour persuader ou convaincre son auditoire, il faut le connaître d'abord et connaître l'auditoire, c'est-à-dire aussi connaître les thèses admises par l'auditoire au préalable, et auxquelles on pourra accrocher l'argumentation. Il est important, d'après le philosophe de Bruxelles, de savoir non seulement quelles sont les

²⁴⁵ Selon Perelman, le but de la rhétorique est toujours l'efficacité de la persuasion : « Nous dirons que ce que la correction est pour la grammaire, la validité pour la logique, l'efficacité l'est pour la rhétorique » (Perelman, Chaïm, « Logique et Rhétorique », in *Rhétoriques*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2012, p. 90).

²⁴⁶ Perelman, Chaïm, *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique.*, *ibid.*, p. 107.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 107.

²⁴⁸ *Ibid.*, p. 108.

thèses que les auditeurs acceptent, mais aussi avec quelle intensité ils y adhèrent, car elles constitueront le point de départ de l'argumentation²⁴⁹.

À partir de la notion d'auditoire, la différence entre la persuasion et la conviction serait précisée plus nettement par Perelman. D'après lui, « pour qui se préoccupe du résultat, persuader est plus que convaincre [...]. Par contre, pour qui est préoccupé du caractère rationnel de l'adhésion, convaincre est plus que persuader »²⁵⁰. D'où, il parlerait de deux types d'argumentation en fonction de l'auditoire : une argumentation persuasive qui ne prétend ne valoir que pour un auditoire particulier et une argumentation convaincante qui est censée obtenir l'adhésion de tout être de raison, c'est-à-dire l'auditoire universel²⁵¹. L'auditoire universel²⁵² est constituée de toute l'humanité ou du moins par tous les hommes adultes et normaux. La rationalité, d'un point de vue rhétorique, se comprend par Perelman, à l'aide de cette notion d'auditoire universel. La méthode d'analyse de Perelman, immanente à l'argumentation, entreprend de toujours définir l'accès à la rationalité par un critère strictement rhétorique : « celui qui persuade son interlocuteur a raison », dans ce cas, « la raison absolue sera donc la persuasion effective de tous »²⁵³. L'auditoire universel, selon les termes de Vannier, est donc « une revendication de la rationalité par la Nouvelle rhétorique »²⁵⁴. Afin d'installer cet auditoire universel en tant que garant de la rationalité, Perelman néglige le rôle du *pathos* dans la rhétorique. Comme le dit Plantin, c'est le prix à payer pour cette installation²⁵⁵.

b. Lieu commun

La connaissance des thèses admises par l'auditoire au préalable desquelles on pourra accrocher l'argumentation pose souvent des difficultés. Ce problème des *thèses de départ* est plus difficile pour l'orateur, explique Perelman, lorsqu'il s'agit d'une question pour laquelle il ne peut se référer à un corps de doctrine préétabli ou lorsqu'il s'adresse à un public hétérogène

²⁴⁹ Perelman, Chaïm, « Raisonement juridique et Logique juridique », in *Éthique et Droit*, *ibid.*, p. 591.

²⁵⁰ Perelman, Chaïm, et Olbrechts-Tyteca, Lucie, *ibid.*, p. 35.

²⁵¹ *Ibid.*, p. 36.

²⁵² Selon Danblon, il y a un problème non résolu, chez Perelman, concernant le statut de l'auditoire universel. Il le formule ainsi : « la notion moderne d'auditoire universel se range-t-elle parmi les « comme » ou parmi les « comme-si » ? Y a-t-il une différence entre une convention et une fiction ? ». (Danblon, Emmanuelle, « La Nouvelle Rhétorique de Perelman et la question de l'auditoire universel », in Meyer, Michel (éd.), *Perelman. Le renouveau de la rhétorique.*, *ibid.*, p. 32).

²⁵³ Vannier, Guillaume, *op. cit.*, p. 86.

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 87.

²⁵⁵ Plantin, Christian, art. préc., p. 74.

qui peut avoir des vues, des opinions très différentes sur le problème à discuter. Dans un tel cas, la solution qu'on impose à l'orateur est de s'appuyer sur des thèses généralement acceptées, sur ce qui relève du sens commun. Chaque orateur, à chaque époque, dit Perelman « se fait une idée de ce qui est admis par le sens commun, des faits, des théories et des présomptions, des valeurs et des normes, censés admis par tout être raisonnable »²⁵⁶. Il souligne que l'idée de *raison*, surtout dans la sphère pratique, en rapport avec ce qu'il est raisonnable de croire, a des liens indéniables avec l'idée de *sens commun*, et l'une des tâches de la philosophie, pour Perelman, est de préciser et de systématiser les idées du sens commun, d'éliminer autant que possible les ambiguïtés et les confusions de ces idées et les incompatibilités que l'adhésion à ces idées entraînerait. Ainsi, « au nom des exigences de clarté et de cohérence, la réflexions philosophique, partie du sens commun, en arrive à construire les grands systèmes qui sont les chefs-d'œuvre de la philosophie »²⁵⁷.

L'un des concepts caractéristiques de toute théorie de l'argumentation, déjà analysé par Aristote, est le *lieu commun* qui est associé au sens commun. Selon Perelman, cette notion est avant tout un point de vue, une valeur, à prendre en compte par l'orateur dans toute argumentation, et deviendra une règle, une maxime à élaborer en fonction de la nature de l'auditoire et à utiliser dans les efforts de persuasion. Autrement dit, selon les termes de Perelman, « les lieux communs jouent, dans l'argumentation, un rôle analogue à celui des axiomes dans un système formel »²⁵⁸. Puisqu'ils sont supposés être communs à tous les esprits, dans une quelconque argumentation ils peuvent être utilisés comme point de départ. Mais ils diffèrent des axiomes, dit Perelman, en ce que l'adhésion à ces derniers ne repose pas sur leur évidence mais sur leur ambiguïté, sur la possibilité de les interpréter et de les appliquer de diverses manières²⁵⁹. Il faut préciser que leur ambiguïté n'est pas un défaut pour les lieux communs, au contraire, elle montre leur force. Ainsi que l'a dit Goltzberg, « cela leur permet, [...], de ne pas être *invalidés* par d'autres lieux communs »²⁶⁰. Cette importance que Perelman attribue aux *lieux de l'argumentation* conduit à caractériser sa théorie de l'argumentation comme *topique*.

²⁵⁶ Perelman, Chaïm, *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique.*, *ibid.*, p. 117.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 117-118.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 118.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 118.

²⁶⁰ Goltzberg, Stefan, *op. cit.*, p. 46.

Après avoir défini la nouvelle rhétorique et expliqué les notions de base de celle-ci, Perelman et Olbrechts-Tyteca ont consacré un chapitre du *Traité* à l'analyse des techniques d'argumentation, et ils en ont analysé près d'une centaine dans le troisième chapitre du *Traité*. En les regroupant sous certains titres. Michel Meyer les résume ainsi :

« À côté d'*arguments formels*, que Perelman appelle les 1/*arguments quasi logiques*, qui reposent sur les outils traditionnels de la logique, comme l'incompatibilité, ou simplement identité, qui sont appliquées à des contenus que l'on reste ainsi, 2/il y a ceux qui s'appuient sur la causalité au sens large (ils traitent aussi des conséquences) et 3/ceux qui particularisent des lois générales pour mieux les faire valoir à d'autres cas semblables. Perelman les appelle respectivement, *les arguments fondés sur le réel* pour les causes et conséquences et *ceux qui fondent la structure réelle* pour l'identification du particulier en rapport avec une loi ou une autre situation. »²⁶¹

L'analyse de ces techniques dépasse le cadre de cette présente étude, c'est pourquoi nous nous bornerons à ce que dit Perelman à propos de ces techniques. « Les techniques d'argumentation, écrit-il, fournissent tout un arsenal de raisons, plus ou moins fortes, plus ou moins pertinentes, mais qui peuvent, à partir d'un même point de départ, mener vers des conclusions différentes, et parfois même opposées »²⁶². Pour autant, ce monde de la raison pratique dans lequel les techniques argumentatives jouent un rôle majeur n'est pas voué à l'irrationalité comme le disait Buffon : « il n'y a pas de nécessité, certes, mais des régularités, rien d'absolument sûr mais du probable, pas de vrai mais du vraisemblable, pas une valeur unique mais une pluralité de valeurs hiérarchisables ; en un mot, pas de *rationnel* pur mais du *raisonnable*, soit du vraisemblable et du préférable »²⁶³.

La contribution essentielle du *Traité de l'argumentation*, selon Ruth Amossy, consiste à faire renaître « la grande tradition aristotélicienne en remettant à l'honneur un art de persuader fondé sur la centralité de l'auditoire et de topiques »²⁶⁴. En effet, en intégrant les figures dans une rhétorique conçue comme l'art de persuader et de convaincre, *le Traité* a fait de la rhétorique un instrument important pour de nombreux domaines de la raison pratique, et particulièrement pour le droit. Autrement, en dehors de leur contexte argumentatif, les figures

²⁶¹ Meyer, Michel, art. préc., p. 13.

²⁶² Perelman, Chaïm, *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique.*, *ibid.*, p. 125.

²⁶³ Buffon, Bertrand, « Perelman et la relégitimation du politique », in Meyer, Michel (éd.), *Perelman. Le renouveau de la rhétorique.*, *ibid.*, p. 42.

²⁶⁴ Amossy, Ruth, *L'argumentation dans le discours*, Paris, Armand Colin, 2006, p. 1.

seraient comme « des fleurs desséchées dans un herbier »²⁶⁵ et deviendraient des ornements concernant seulement la forme du discours.

Section 2 – De la rhétorique générale à la rhétorique juridique

Ici, nous verrons d'abord comment Perelman a étudié une rhétorique spéciale à partir de la rhétorique générale (§ 1), ensuite comment il a analysé la logique juridique à la lumière de la *Nouvelle rhétorique* (§ 1).

§ 1. Une rhétorique proprement juridique

Nous avons montré que la nouvelle rhétorique, contrairement à l'ancienne, s'intéresse aux discours adressés à n'importe quel public, qu'il s'agisse d'une foule sur une place publique ou d'une réunion d'experts, qu'elle s'adresse à un seul individu ou à l'humanité entière ; elle analyse même les arguments adressés à soi-même lors d'une délibération intime. Une telle réflexion permettrait d'élaborer des théories de l'argumentation spéciale, à côté d'une théorie de l'argumentation générale, à travers des méthodes particulières qui seraient développées en fonction de l'auditoire. Ainsi que l'explique Perelman :

« ...la théorie de l'argumentation conçue comme une nouvelle rhétorique (ou une nouvelle dialectique) couvre tout le champ du discours visant à convaincre ou à persuader, *quel que soit l'auditoire auquel il s'adresse, et quelle que soit la matière sur laquelle il porte*. On pourra compléter, si cela paraît utile, l'étude générale de l'argumentation par des méthodologies spécialisées selon le type d'auditoire et le genre de discipline. C'est ainsi que l'on pourrait élaborer une logique juridique ou une logique philosophique, qui ne seraient que des applications particulières de la nouvelle rhétorique au droit et à la philosophie. »²⁶⁶

L'œuvre de Perelman s'étendra donc au-delà du panorama tout à fait général fourni en 1958 par le *Traité de l'argumentation*, pour traiter dans les années 1960 et 1970 l'étude d'une rhétorique proprement juridique. À ce propos, il est significatif qu'il ait choisi la *Nouvelle rhétorique* comme sous-titre pour sa *Logique juridique* publiée en 1976.

²⁶⁵ Perelman, Chaïm, *L'empire rhétorique. Rhétorique et argumentation.*, op. cit., p. 14.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 21-22.

« Cette découverte n'est pas sans pertinence pour la logique juridique »²⁶⁷, précise Perelman, se référant à sa rencontre avec la rhétorique. Le raisonnement du juge, d'après lui, est plus qu'un raisonnement analytique, c'est un raisonnement dialectique, qui était l'objet de la Nouvelle rhétorique. Car, si le raisonnement du juge doit chercher à atteindre des solutions qui soient équitables, raisonnables ou du moins acceptables, qu'ils soient conformes ou non aux normes juridiques positives, il est essentiel de pouvoir répondre à la question : « Par quels procédés intellectuels le juge arrive-t-il à considérer telle décision comme équitable, raisonnable ou acceptable, alors qu'il s'agit de notions éminemment controversées »²⁶⁸. Lorsqu'il s'agit de tels concepts, selon Platon, il est nécessaire de recourir au raisonnement dialectique. « C'est en l'absence de techniques unanimement admises que le recours aux raisonnements *dialectiques* et *rhétoriques* s'impose, raisonnement visant à établir un accord sur des valeurs et leur application, quand celle-ci font l'objet d'une controverse »²⁶⁹, l'explique Perelman. C'est exactement ce qui se passe effectivement dans le domaine du droit. Une affaire judiciaire indique souvent l'existence d'un désaccord. Le juge écoute les deux parties, évalue les arguments opposés et essaye de prendre une décision équitable, ou au moins acceptable. Ainsi que l'a nuancé Christian Atias : « L'argumentation n'a pas pour fonction de favoriser la défense de tel ou tel intérêt, en assurant le triomphe du point de vue qui le sert. C'est le droit qu'elle permet de dégager ; elle tend vers la "solution équitable et raisonnable" »²⁷⁰.

L'importance de la notion d'accord apparaît alors. Lorsqu'il s'agit de la *vérité* d'une proposition, comme dans le cas des philosophes rationalistes et positivistes, la notion d'accord n'a pas d'importance, alors que lorsqu'il s'agit de la valeur d'une décision ou d'un choix, considérés comme équitables, justes ou raisonnables la notion d'accord prend une importance capitale. C'est là que réside le mérite de la nouvelle rhétorique qui a pour objet « l'étude des techniques discursives permettant *de provoquer ou d'accroître l'adhésion des esprits aux thèses qu'on présente à leur assentiment* »²⁷¹, pour le droit et surtout pour la pratique judiciaire. Car, le juge est censé rendre un jugement raisonnable ou au moins acceptable qui persuade l'auditoire, c'est-à-dire la communauté juridique. Le raisonnable consiste à obtenir l'accord d'autrui, il ne relève pas de l'appréciation subjective, souveraine du juge du fond mais il s'agit

²⁶⁷ Perelman, Chaïm, *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique.*, *ibid.*, p. 102.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 102.

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 102.

²⁷⁰ Atias, Christian, « Perelman et le droit : le rendez-vous manqué du renouveau rhétorique », in Meyer, Michel (éd.), *Perelman. Le renouveau de la rhétorique.*, *ibid.*, p. 106.

²⁷¹ Perelman, Chaïm, et Olbrechts-Tyteca, Lucie, *ibid.*, p. 5.

d'un concept objectif, qui relève davantage du droit que du fait qui vise à accroître l'adhésion, à convaincre les auditoires du juge²⁷². L'acceptabilité de la décision judiciaire par un public spécialisé justifie l'émergence de ce que Perelman appelle la "logique juridique".

§ 2. La logique juridique

« Y a-t-il une logique autre que formelle et, plus particulièrement, est-on fondé à parler de logique juridique ? »²⁷³ se demandait Perelman en 1961. À cette époque-là, la logique était généralement acceptée comme identique à la logique formelle par les logiciens de l'époque²⁷⁴. Les lois logiques, définies à partir du raisonnement mathématique, sont formelles dans le sens où elles ne dépendent pas de l'objet du raisonnement, ce qui leur confère une généralité qui leur permet d'être appliquées dans des domaines très variés. Selon ces logiciens, il n'existait pas de logique particulière, mais seulement des applications de lois ou règles logiques tout court en mathématiques, en philosophie, en droit, etc.²⁷⁵ M. Kalinowski, à ce stade, considérait la logique juridique comme « la partie de la logique qui examine du point de vue formel les opérations intellectuelles du juriste »²⁷⁶. Pour lui, la logique est une science formelle, par définition²⁷⁷ et encore « il n'y a, [...], qu'une logique : la logique tout court (qu'on la prenne au sens théorique ou normatif) »²⁷⁸. Perelman montre qu'il pensait différemment de Kalinowski en ajoutant le qualificatif "formel" au mot "logique" : « il n'y a qu'une logique formelle » selon lui²⁷⁹.

L'inconvénient de cette conception qui identifie la logique à la logique formelle, est qu'elle conduit le logicien à négliger des formes de raisonnement qui jouent un rôle majeur dans certaines disciplines non mathématiques, notamment en droit²⁸⁰. Cette identification nous amène inévitablement à des tentatives de réduire les arguments traditionnels du raisonnement

²⁷² Legros, Robert, « La pensée juridique de Chaïm Perelman », in *Bulletin de la Classe des lettres et des sciences morales et politiques*, tome 71, 1985. pp. 432-454; p. 434.

²⁷³ Perelman, Chaïm, « Logique formelle, Logique juridique », in *Éthique et Droit*, *ibid.*, p. 563.

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 563.

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 564.

²⁷⁶ Kalinowski, Georges, *Introduction à la logique juridique*, Paris, L.G.D.J., 1965, p. 7. (cité par Perelman, Chaïm, *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique.*, *ibid.*, p. 3).

²⁷⁷ Kalinowski, Georges, « Y a-t-il une logique juridique ? », *Logique et Analyse*, (Louvain), n.s. vol. 2 (1959), pp. 48-53. p. 131. (cité par Perelman, Chaïm, « Logique formelle, Logique juridique », in *Éthique et Droit*, *ibid.*, p. 564).

²⁷⁸ Kalinowski, Georges, « Y a-t-il une logique juridique ? », *Logique et Analyse*, (Louvain), n.s. vol. 2 (1959), pp. 48-53. p. 53. (cité par Perelman, Chaïm, *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique.*, *ibid.*, p. 4).

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 4.

²⁸⁰ Perelman, Chaïm, « Logique formelle, Logique juridique », in *Éthique et Droit*, *ibid.*, p. 565.

juridique, tels que des arguments *a pari*, *a contrario* ou *a fortiori* à des structures formelles, dit Perelman, alors que c'est tout autre chose²⁸¹. « M. Kalinowski aurait voulu introduire l'étude de ces arguments dans une logique générale, telle qu'il la conçoit en suivant l'exemple des logiciens médiévaux »²⁸², écrit-il. C'est exactement ce qu'a fait Ulrich Klug, d'ailleurs. Pour lui, « On argumente toujours, c'est-à-dire on infère. On utilise à ce propos les lois logiques appropriées d'une façon inconsciente ou du moins sans y réfléchir »²⁸³. Mais, l'auteur de *Topik und Jurisprudenz*, Theodor Viehweg, contrairement à U. Klug, proche de Perelman, soulignait que les arguments *a simili*, *a contrario*, ou *a maiore ad minus* « trouvent leur origine dans la topique »²⁸⁴. Les caractéristiques de la logique juridique une fois identifiées, l'organisation et le contenu de cette logique sont révélés par une étude de la topique juridique que nous allons examiner plus en détail dans le chapitre suivant.

Pourquoi le juriste est-il obligé de recourir à des raisonnements étrangers à la démonstration mathématique ? C'est, tout d'abord, « parce qu'il doit traiter des questions de fait, qui ne peuvent résulter de raisonnements purement formels. [...] C'est que, en droit, l'on ne se contente pas déduire, mais on argumente et toute étude du raisonnement et de la preuve en droit qui négligerait cette situation, ignorerait ce qui fait la spécificité de la logique juridique »²⁸⁵ répond Perelman. Autrement dit, « ce qu'on appelle une démonstration, en droit, n'est qu'une argumentation, et la logique juridique comporte l'étude de schémas argumentatifs non formels, propres au contexte juridique »²⁸⁶. En effet, en droit, on raisonne à l'aide des arguments, et l'utilisation des arguments du raisonnement juridique ne prend jamais la forme d'une démonstration formellement correcte ou incorrecte, d'une manière, pour ainsi dire, impersonnelle. « Un argument n'est pas correct et contraignant ou incorrect et sans valeur, décrit Perelman, mais est relevant ou irrelevant, fort ou faible, en fonction de raisons justifiant son emploi en l'occurrence »²⁸⁷. C'est pourquoi, l'étude de l'argument, sans laquelle ni le droit, ni les sciences humaines, ni la philosophie ne peuvent se passer, est donc une théorie de l'argumentation, et non une théorie de la démonstration rigoureuse de la preuve conçue comme un calcul mécanique. L'argumentation n'a pas pour but exclusif d'adhérer à une thèse parce qu'elle est vraie. Une thèse peut être préférée à une autre parce qu'elle semble plus juste, plus

²⁸¹ Perelman, Chaïm, *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique.*, *ibid.*, p. 5.

²⁸² Perelman, Chaïm, « Logique formelle, Logique juridique », in *Éthique et Droit*, *ibid.*, p. 565.

²⁸³ Perelman, Chaïm, *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique.*, *ibid.*, p. 4.

²⁸⁴ Vannier, Guillaume, *op. cit.*, p. 141.

²⁸⁵ Perelman, Chaïm, « Logique formelle, Logique juridique », in *Éthique et Droit*, *ibid.*, p. 567.

²⁸⁶ Perelman, Chaïm, « Raisonnement juridique et Logique juridique », in *Éthique et Droit*, *ibid.*, p. 591.

²⁸⁷ Perelman, Chaïm, « Logique formelle, Logique juridique », in *Éthique et Droit*, *ibid.*, p. 566.

opportune, plus utile, plus raisonnable, plus appropriée à la situation. « Dans certains cas, il est vrai exceptionnels, dit Perelman, on accordera la préférence à d'autres valeurs que la vérité »²⁸⁸. Le rôle du juriste, pour lui, dans cette perspective, serait de préparer, par ses réflexions et ses analyses, la solution la plus juste, la plus équitable, la plus raisonnable de chaque cas d'espèce²⁸⁹.

La logique juridique est liée et s'harmonise avec l'idée que l'on se fait du droit. La réflexion sur l'évolution du droit apparaît donc comme un préalable indispensable à l'étude des techniques de raisonnement propres à cette discipline et que les juristes appellent traditionnellement la logique juridique. C'est pourquoi, Perelman, comme il le fait souvent, partirait de la pratique judiciaire afin de comprendre et d'analyser la logique juridique. À ce stade, il constate que, non seulement chez les juristes romains, mais aussi chez les talmudistes et les glossateurs de l'École de Bologne, le droit a été élaboré à travers les controverses, des oppositions dialectiques, à savoir, les argumentations en sens divers. Il était très rare que le raisonnement juridique aboutisse à une conclusion contraignante, comme dans les démonstrations formelles²⁹⁰. À ce propos, il décrit la source du droit, telle qu'elle est reconnue dans chaque système, comme le « point de départ » du raisonnement des juristes qui chercheront à adapter les textes juridiques aux besoins et aux aspirations d'une société vivante²⁹¹.

La source du droit est conçue, chez Perelman, comme le déterminant l'autorité du droit en cause à partir de sa nature, ce qu'il appelle l'ontologie juridique²⁹². Il comprend le rôle de la logique juridique à partir des ontologies juridiques, c'est-à-dire les types de systèmes juridiques qui reconnaissent certaines sources de droit. Chaque système est défini par l'ontologie qu'il reconnaît, les inconvénients de cette ontologie et les solutions apportées par le système. Dans cette perspective, après avoir examiné trois types d'ontologie juridique, telles que le droit juif traditionnel, le droit anglo-américain, et le système juridique français, sans pour autant prétendre à l'exhaustivité, il arriverait à ce résultat :

²⁸⁸ Perelman, Chaïm, *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique.*, *ibid.*, p. 116.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 7.

²⁹⁰ *Ibid.*, p. 7.

²⁹¹ Perelman, Chaïm, « Ontologie juridique et sources du droit », in *Éthique et Droit*, *ibid.*, p. 539.

²⁹² *Ibid.*, p. 528.

« Trois systèmes, trois ontologies juridiques, trois conceptions différentes des sources du droit. Si de chacune de ces ontologies, se dégage une autre vision du droit, ces systèmes auront néanmoins en commun le fait que chacun s'efforcera d'obvier aux inconvénients résultants, dans la pratique, de l'ontologie admise, par un ensemble technique de raisonnements qui caractérisent la logique juridique. Celle-ci comporte les méthodes utilisées pour adapter chaque fois l'ontologie juridique aux besoins d'une application acceptable du droit. »²⁹³

La logique juridique, affirme le philosophe de Bruxelles, « se présente ainsi comme l'ensemble des techniques de raisonnements qui permettent au juge de concilier, dans chaque cas d'espèce, le respect du droit avec l'acceptabilité de la solution trouvée »²⁹⁴. En d'autres termes, la logique juridique rend l'ontologie juridique plus flexible, afin que le droit puisse adoucir les rigidités de la loi ou du précédent. Si le point de départ est soumis à un choix à condition qu'il y ait une disposition légale ou un précédent applicable et si la logique juridique conduit le juge à faire un nouveau choix, on comprend pourquoi Perelman critique sévèrement le positivisme juridique, selon lequel la seule tâche du juge est d'appliquer mécaniquement le raisonnement *a priori* établi par la disposition légale concernée. Perelman rend le positivisme juridique impensable en définissant la logique juridique comme « une sorte de menu »²⁹⁵ dans lequel le juge choisit raisonnablement la technique qui permettra de concilier le droit et l'acceptabilité de la solution. Et on comprend aussi pourquoi Perelman s'oppose à la théorie pure du droit de Kelsen qui laisse ce choix à l'arbitraire du juge, car, pour Perelman, dans la réalité de la pratique judiciaire, lorsque le juge fait un choix, il est obligé de persuader la communauté juridique du caractère raisonnable de ce choix.

Si Perelman s'est inspiré de la *Rhétorique* d'Aristote pour développer sa *Nouvelle rhétorique*, il a élaboré la *Logique juridique*, comme il l'a souvent souligné, à partir de pratique judiciaire. On peut même prétendre que la *Nouvelle rhétorique* est fondée, sur un modèle juridique. En effet, dans son article « Logique et Rhétorique », on trouve la phrase suivante qui servira de base à cette hypothèse : « Le juge éclairé est celui qui décide après avoir entendu le pour et le contre. Nous pourrions dire que la rhétorique, plutôt que de former le plaideur, doit former le juge »²⁹⁶ écrit-il, en 1950. Toutefois, cette figure du juge n'est pas fondée sur une étude du rôle du magistrat de l'institution juridictionnelle, elle montre seulement qu'en général,

²⁹³ Perelman, Chaïm, *ibid.*, p. 529-530.

²⁹⁴ *Ibid.*, p. 539.

²⁹⁵ Goltzberg, Stefan, art. préc., p. 253-354.

²⁹⁶ Perelman, Chaïm, « Logique et Rhétorique » in *Rhétoriques, op. cit.*, p. 94.

tout auditoire de la rhétorique est formé à porter un jugement libre après avoir écouté un débat argumentatif. À ce titre, on peut dire que les principales sources de Perelman, si l'on considère d'un côté, son article qui s'intitule *Ontologie juridique et sources du droit*, de l'autre côté toutes ses œuvres en général, sont le droit talmudique, le droit romain et, dans le prolongement de ceux-ci, le droit européen continental et la *common law*. Même si l'objet de cette présente étude ne porte pas les sources de Perelman, afin de mieux comprendre la logique juridique telle qu'elle s'est manifestée chez Perelman, il peut être utile de citer la conclusion de Stefan Goltzberg, à la fin de son article pertinente, *Les sources perelmaniennes entre Athènes, Rome et Jérusalem* :

« Les sources perelmaniennes se situent entre Athènes, Rome et Jérusalem. Comme il n'est pas un historien des idées ou un historien du droit, il a été nécessaire de procéder à quelques ajustements, afin de conclure qu'il s'inspire de ces trois sources de manière différenciée. Il garde d'Athènes la définition aristotélicienne de la justice, qu'il critique, car elle serait formelle ; la définition aristotélicienne de la rhétorique, qu'il amende ; la philosophie pratique aristotélicienne, qu'il embrasse pleinement. Pour ce qui est de Jérusalem, nous avons montré que Perelman est tributaire d'une vision du Talmud assez largement diffusée, qui voit dans la littérature talmudique le lieu d'une infinie controverse, toujours recommencée. Cette vision est topique, et c'est la raison pour laquelle Perelman cite le Talmud avec approbation. Il paraît clair que si Perelman avait été exposé à d'autres textes talmudiques ou s'il en avait retenu d'autres, il n'aurait pas pu si aisément s'en servir pour appuyer sa théorie topique de l'argumentation juridique. Rome constitue une source de la pensée de Perelman dans la mesure où le droit romain antique est topique, alors que le droit romain médiéval annonce le droit continental et le positivisme juridique contre lequel Perelman a bâti sa théorie de l'argumentation juridique. »²⁹⁷

Nous avons vu comment Perelman s'appuie sur une grande variété de sources au cours de son travail sur la rhétorique juridique dans le prolongement de sa Nouvelle rhétorique. Parmi celles-ci, sans aucun doute, la pratique judiciaire occupe une place importante. En effet, il a critiqué à la fois le positivisme juridique et la théorie pure du droit en se fondant sur l'idée que ces théories ne correspondaient pas à la réalité de la pratique judiciaire. En rappelant les figures argumentatives de la rhétorique, il a non seulement provoqué la renaissance de la rhétorique, mais a également permis de repenser divers domaines de la raison pratique à travers le concept de raisonnable, en intégrant la notion d'auditoire particulier à la rhétorique. En ce sens,

²⁹⁷ Goltzberg, Stefan, art. préc., p. 259.

notamment en expliquant la logique juridique par la rhétorique, il a attiré l'attention sur l'importance de la rhétorique du juge dans la vie du droit. Dans ce contexte, il conviendra, dans le deuxième chapitre de l'étude, de s'intéresser de plus près au processus de décision du juge.

CHAPITRE II – Interprétation, Argumentation et Droit

« Le raisonnement juridique se manifeste, par excellence, dans le processus judiciaire »,²⁹⁸ affirme Perelman dans sa *Logique juridique*. En effet, il répète cette affirmation dans plusieurs de ses ouvrages. Lorsqu'il dialogue avec le positivisme, contre lequel il a bâti toute sa philosophie, il confronte les écoles positivistes avec cet argument. Selon lui, ni le formalisme défendu par les exégètes, ni le juge de Kelsen, qui dispose d'une certaine liberté dont il peut user de façon arbitraire, ne coïncident avec la réalité juridique. La vie du droit s'écoule tout autrement. À ce stade, il insiste une fois de plus sur la pratique judiciaire où la logique juridique se manifeste :

« Le meilleur matériel pour l'étude de la logique juridique est fourni par les divers recueils de jurisprudence. Ce sont, en effet, les Cours et tribunaux, et non les théoriciens, qui sont chargés de dire le droit, en motivant leurs décisions. C'est leur raisonnement qui, en fin de compte, permet de dégager la logique juridique dans un État et à un moment donné, et les ouvrages de doctrine ne deviennent partie intégrante d'un ordre juridique positif que quand les justifications et les conclusions qu'ils proposent sont reprises par le pouvoir judiciaire. »²⁹⁹

Néanmoins, Perelman ne nie pas que les théoriciens puissent jouer un rôle dans la formation des décisions judiciaires. Il admet que « dans l'établissement de la jurisprudence, le rôle de la doctrine et celui des avocats peut être capital »³⁰⁰. Mais, il se concentre essentiellement sur le droit élaboré par le juge.

La finalité du droit n'est pas, comme celle des sciences positives, la connaissance d'une réalité ou d'une vérité qu'il n'aurait qu'à enregistrer et à analyser, selon Perelman, mais elle est « la réalisation dans les sociétés humaines d'un ordre aussi équitable que possible par la régulation de leur organisation et de leur fonctionnement »³⁰¹. Dans cette perspective, « le droit se développe en équilibrant une double exigence, écrit-il, l'une d'ordre systématique, l'élaboration d'un ordre juridique cohérent, l'autre, d'ordre pragmatique, la recherche de solutions acceptables par le milieu, parce que conformes à ce qui lui paraît juste et raisonnable »³⁰². Ce caractère que Perelman attribue au droit se manifestera plus évidemment

²⁹⁸ Perelman, Chaïm, *Logique juridique, Nouvelle Rhétorique, ibid.*, p. 154.

²⁹⁹ *Ibid.*, p. 162.

³⁰⁰ Perelman, Chaïm, « La motivation des décisions de justice », in *Éthique et Droit, ibid.*, p. 679.

³⁰¹ Perelman, Chaïm, *Logique juridique, Nouvelle Rhétorique, ibid.*, p. 172.

³⁰² *Ibid.*, p. 173.

dans le processus judiciaire. Selon lui, la tâche du juge est de rendre un jugement qui soit raisonnable, acceptable, mais en même temps conforme au droit.

Dans ce chapitre, d'abord, nous examinerons la notion de « raisonnable » qui constitue le cœur de la théorie de Perelman (**Première Section**), ensuite, nous nous pencherons sur l'obligation de motivation en tant que garantie de sécurité juridique (**Deuxième Section**).

Section 1 - Le raisonnable et le déraisonnable

Perelman, par la technique de *dissociation*³⁰³, différencie les deux aspects distincts de la raison, qui sont souvent confondus l'un avec l'autre, et arrive aux conclusions inédites pour fonder une théorie de l'argumentation juridique. Il distingue le rationnel du raisonnable, à ce propos, afin de les clarifier. Dans certains cas, le rationnel et le raisonnable peuvent ne pas coïncider, voire peuvent être en contradictions, selon lui. Une solution proposée à un problème social peut être rationnelle sans être pour autant raisonnable.

Le rationnel correspond, d'après Perelman, à la raison mathématique, il repose sur « un système de propositions nécessaires qui s'impose à tous les êtres raisonnables, et sur lesquelles l'accord est inévitable »³⁰⁴. Le rationnel se manifeste ainsi dans un esprit singulier, il est nécessaire et universel. Il ne laisse place à aucune divergence, il doit s'accorder sur la vérité, qui est par définition une. Il est donc, indépendamment des circonstances et des agents humains, valable par nature pour tous, et ne doit rien à l'expérience ou au dialogue. Par contre, le raisonnable « ne renvoie pas une solution unique, mais implique une pluralité de solutions possibles »³⁰⁵, il peut donc y avoir plusieurs solutions raisonnables à un même problème. Il est lié aux valeurs, et à cet égard, sa signification peut changer d'une société à l'autre ou d'une époque à l'autre. Il ne peut exister que dans une communauté particulière à un moment donné.

³⁰³ Perelman, dans le *Traité*, « met l'accent sur les deux principaux processus de la pensée, l'association et la dissociation des notions. Vu que celles-ci sont souvent flous, comme les mots ont des significations multiples et sont chargés d'affects, tels que "liberté", "justice", "vérité", "réalité", il est facile de jouer sur ces notions et de transmettre des messages contradictoires, mais toujours destinés à influencer les individus. Par conséquent, selon Perelman, l'orateur qui se soumet à la raison doit élaguer, différencier, scinder et, à son tour, ressembler à ce à quoi il faut ressembler pour tout voir clairement » (Meyer, Michel, art. préc., p. 11-12).

³⁰⁴ Perelman, Chaïm, et Olbrechts-Tyteca, Lucie, *ibid.*, p. 2.

³⁰⁵ Perelman, Chaïm, « La motivation des décisions de justice », in *Éthique et Droit*, *ibid.*, p. 521.

Perelman oppose le « raisonnement théorique » au « raisonnement pratique », dans la même veine. Il associe ainsi le rationnel au raisonnement théorique, et le raisonnable au raisonnement pratique. « Alors qu'un raisonnement théorique consiste dans une inférence qui tire une conclusion à partir de prémisses, le raisonnement pratique est celui qui justifie une décision »³⁰⁶. Ainsi qu'il l'explique :

« Le fait que la conclusion découle des prémisses, d'une façon pour ainsi dire impersonnelle, permet d'élaborer, dans le domaine du raisonnement théorique, une logique de la démonstration purement formelle, et même d'utiliser, en cette matière, des machines à calculer. Le raisonnement pratique, par contre, recourant à des techniques de l'argumentation, implique un pouvoir de décision, la liberté de celui qui juge. Son but est de montrer, selon les cas, que la décision n'est pas arbitraire, illégale, immorale ou inopportune, qu'elle motivée par les raisons indiquées. »³⁰⁷

Il ne faut pas s'étonner que pour Perelman le raisonnement pratique est plus compatible avec la logique juridique. Selon lui, dans le raisonnement juridique, les concepts de « raisonnable » et de « déraisonnable » interviennent beaucoup plus fréquemment que les concepts de « rationnel » et d'« irrationnel », constituent un cadre dans lequel toutes les activités juridiques sont menées, et montrent que le déraisonnable ne peut être accepté en droit³⁰⁸. « Alors que, en droit, les idées de raison et de rationalité ont été rattachées d'une part à un modèle divin, d'autre part à la logique et à la technique efficace, celles du raisonnable et de son opposé, le déraisonnable, sont liées aux réactions du milieu social et à leur évolution »³⁰⁹, explique Perelman. Ces deux notions ne peuvent donc être définies que dans une société donnée. D'une certaine manière, cela empêche les efforts visant à réduire le droit au formalisme du positivisme juridique.

Comment Perelman explique-t-il le raisonnable ? Comme l'a indiqué Goltzberg, avec raison, « cette notion n'est pas véritablement définie »³¹⁰, chez Perelman. En effet, il dessine de nombreuses caractéristiques du raisonnable, mais il n'en donne pas une définition complète. D'après lui, même si le caractère raisonnable ne fait pas référence à une solution unique, mais implique une pluralité de solutions possibles, il existe néanmoins une limite à cette tolérance,

³⁰⁶ Perelman, Chaïm, « Le raisonnement pratique », in *Éthique et Droit, ibid.*, p. 341.

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 344.

³⁰⁸ Perelman, Chaïm, « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », in *Éthique et Droit, ibid.*, p. 517.

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 526.

³¹⁰ Goltzberg, Stefan, *op. cit.*, p. 101.

et c'est le déraisonnable qui n'est pas acceptable³¹¹. Donc, le raisonnable pourrait être déterminé à partir du déraisonnable qui désigne ses limites. Comme l'affirme Amossy, « dans une société donnée, le raisonnable selon Perelman peut revêtir des formes multiples et légitimer des positions divergentes, alors que le déraisonnable serait spontanément reconnu et censuré par tous »³¹².

Le déraisonnable, pour Perelman, est ce « qui est inadmissible dans une communauté à un moment donné »³¹³. Dans certain cas, il paraît « sous la forme d'un abus de confiance, d'un abus de pouvoir »³¹⁴. Une conséquence déraisonnable est considérée par Perelman, comme « inacceptable », « inique », ou « ridicule »³¹⁵ dans une société donnée. On peut en tirer la conclusion que le déraisonnable, en principe, désigne ce qui n'est pas acceptable, plausible, dans une communauté donnée³¹⁶. D'où le raisonnable, - l'envers du déraisonnable – peut être défini comme ce qui paraît plausible et admissible aux yeux d'une communauté donnée.

D'ailleurs, il est vrai que, comme le disait Amossy, le déraisonnable ne s'impose pas toujours sous les mêmes dehors dans une même société, et en ce sens il devient difficile de voir quelles limites sont impérativement assignées aux décisions des juges, à l'activité du législateur, aux choix des citoyens³¹⁷. Selon Perelman, en matière de droit ou de morale, l'on est généralement d'accord sur des principes, mais les interprétations sur l'application de ces principes, dans une société et un moment donné, donnent lieu à des divergences. Autrement dit, l'interprétation des principes dans un contexte spécifique pose des problèmes. L'importance du déraisonnable, qui détermine les limites du raisonnable d'une certaine façon, apparaît ici. Mais que se passe-t-il lorsque, même si l'on s'accorde sur les principes, des solutions différentes sont considérées comme déraisonnables par chacune des parties concernées, de sorte que les limites à ne pas franchir elles-mêmes deviennent l'objet d'un débat animé ? Selon Ruth Amossy :

« Le cas est fréquent, surtout pour les questions où l'interprétation s'opère sur la base des diverses considérations culturelles, idéologiques et politiques qui divisent la société de l'époque.

³¹¹ Perelman, Chaïm, « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », in *Éthique et Droit, ibid.*, p. 521.

³¹² Amossy, Ruth, « Les enjeux du “déraisonnable” : rhétorique de la persuasion et rhétorique du dissensus », in Frydman, Benoît et Meyer, Michel (éds), *op. cit.*, p.17-18.

³¹³ Perelman, Chaïm, *ibid.*, p. 521.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 518.

³¹⁵ *Ibid.*, p. 521-522.

³¹⁶ Amossy, Ruth, *ibid.*, p. 23.

³¹⁷ *Ibid.*, p. 26.

Le jugement sur le déraisonnable ne repose pas alors sur la reconnaissance commune et en quelque sorte spontanée d'une limite infranchissable : il est à son tour pris dans une trame complexe de raisons où l'idée même du socialement inadmissible devient un sujet de litige. »³¹⁸

Pierre Brunet critiquera également l'idée perelmanienne selon laquelle la décision de justice doit être raisonnable. Dans son article intitulé *Perelman, le positivisme juridique et l'interprétation*, il écrit : « on lui donnerait volontiers raison si sa description était vérifiable. Mais l'est-elle ? Et mieux, est-ce même une description ? On peut sérieusement en douter »³¹⁹. Brunet lui adresse deux critiques à la fois par ce passage. Selon lui, d'un côté, Perelman ne se contente pas de décrire la pratique judiciaire, comme il le prétend souvent ; même si son propos se fait descriptif insensiblement, il est explicitement normatif. Car, « il qualifie de « raisonnables » les solutions auxquelles les juges parviennent mais encore il explique que les juges doivent y parvenir »³²⁰. Selon lui, Perelman nous donne une représentation normative de la production du droit, tout en prétendant qu'il définit la réalité de ce mode de production. « Il y a là quelque chose de fondamentalement contradictoire »³²¹, écrit Brunet. D'un autre côté, un autre problème que soulève Brunet, concerne la vérifiabilité de la notion de raisonnable. D'après lui, Perelman ne fournirait aucun élément permettant de vérifier le caractère raisonnable ou acceptable d'une décision. « On ne trouve chez lui [Perelman] aucun élément nous permettant de vérifier le caractère raisonnable ou acceptable d'une décision »³²² affirme-t-il. En effet, le fait qu'il ne définisse pas explicitement une telle notion, qui représente la clef de voûte de sa théorie de l'argumentation, peut être considéré comme une faiblesse de la théorie de Perelman. Selon Goltzberg, Perelman ne définit pas le raisonnable, « peut-être parce que cette notion est indéfinissable »³²³. Mais pour Brunet, en fin de compte, les choix théoriques de Perelman le conduisent « à reprendre d'une main la subjectivité des juges qu'il concède de l'autre »³²⁴.

En tout état de cause, la notion de « raisonnable » occupe une place centrale chez Perelman, surtout lorsqu'il s'agit de processus judiciaire. « Chaque fois que le juge doit décider s'il y avait faute, négligence, imprudence, quand il y a lieu de préciser un standard (agir en bon

³¹⁸ *Ibid.*, p. 26.

³¹⁹ Brunet, Pierre, art. préc., p. 197.

³²⁰ *Ibid.*, p. 198.

³²¹ *Ibid.*, p. 198.

³²² *Ibid.*, p. 199.

³²³ Goltzberg, *ibid.*, p. 102.

³²⁴ *Ibid.*, p. 104.

père de famille), de déterminer les conséquences dommageables d'un acte fautif, précise le philosophe de Bruxelles, on trouve régulièrement dans les arrêts le recours à l'idée de ce qui est ou n'est pas raisonnable »³²⁵. D'après lui, la tâche du juge ne peut plus être réduite, comme le faisaient les juristes de l'École de l'exégèse, à un simple syllogisme judiciaire qui formule, dans une majeure, la norme applicable, détermine dans la mineure les faits établis et tire la conclusion prescrite par la loi de la subsumption des faits sous la norme juridique. Un tel syllogisme ne peut être appliqué que si tous les éléments sont parfaitement clairs, évidents, ce qui contredirait par l'existence même du procès. En effet, tous les litiges découlent de l'existence d'une controverse. Selon Perelman, « c'est uniquement une argumentation en sens divers qui permet de comprendre le processus dialectique de la formation du droit »³²⁶. La logique judiciaire, nous rappelle-t-il à ce propos, consiste non sur l'idée de vérité, mais sur celle d'adhésion³²⁷. Le jugement n'est donc plus une conclusion impersonnelle et contraignante à partir de prémisses incontestées, mais il est une décision qui doit être raisonnable, acceptable, même si elle dépasse parfois les limites du texte de loi³²⁸. Car il peut exister des divergences importantes entre la lettre des textes, leur interprétation et leur application ; quand on parle de la vie du droit, on fait référence au fait qu'un même texte peut donner lieu à des interprétations variables d'une époque à l'autre. Perelman nous donne de nombreux exemples tirés de décisions judiciaires, à ce propos. Dans tous les cas, la tâche du juge est de rendre un jugement raisonnable, même s'il est en contradiction avec la loi.

À cet égard, en faisant référence à la « justice » stalinienne³²⁹, Perelman nous rappelle que les lois officiellement promulguées ne sont pas toujours fondées sur les valeurs que le droit est censé protéger. « Ne pourrait-on pas affirmer, avec raison, que parfois les textes officiellement promulgués ne sont qu'une façade, qu'un masque, derrière lequel se cache non un État de droit, mais un État policier, où règne le plus complet arbitraire ? »³³⁰, demande-t-il. Lorsqu'il parle de la loi national-socialiste, il se demande encore une fois, à juste titre : « Que faire si le pouvoir législatif lui-même légifère de façon inique, si un État souverain se conduit de façon criminelle ? Serait-il raisonnable dans ce cas, de continuer, malgré tout, à soutenir la

³²⁵ Perelman, Chaïm, « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », in *Éthique et Droit*, *ibid.*, p. 520.

³²⁶ Perelman, Chaïm, *Logique juridique, Nouvelle Rhétorique*, *ibid.*, p. 148.

³²⁷ *Ibid.*, p. 174.

³²⁸ Perelman cite Fr. Gorphe dans ce contexte : « Toutes les fois que les conséquences de règles strictes paraissent dépasser la mesure [devenir déraisonnables], on essaie de les écarter en faisant appel à des principes plus justes » (Perelman, Chaïm, « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », in *Éthique et Droit*, *ibid.*, p. 522).

³²⁹ Perelman, Chaïm, *Logique juridique, Nouvelle Rhétorique*, *ibid.*, p. 146.

³³⁰ *Ibid.*, p. 146.

doctrine du positivisme juridique selon laquelle « la loi est la loi », quel que soit son contenu ? »³³¹ Selon lui, ces crimes commis au nom de la loi nous obligent à penser le problème du droit positif d'un pays donné. En faisant une distinction entre la loi et le droit, il précise que comme les lois national-socialistes étaient iniques, on les considérait contraires au droit. Ainsi, en toute matière, on voit que l'inacceptable, le déraisonnable, constitue une limite à tout formalisme en droit³³². « Dans la conception actuelle du droit, il n'est plus question de limiter le rôle du juge à celui d'une bouche par laquelle parle la loi »³³³, insiste Perelman. La loi n'établit plus tout le droit, selon lui, elle n'est que l'outil principal qui guide le juge dans l'accomplissement de son devoir, à savoir, trouver une solution raisonnable pour le cas d'espèce. Le raisonnement judiciaire, pour lui, a pour tâche de :

« dégager et justifier la solution autorisée d'une controverse, dans laquelle des argumentations en sens divers, menées conformément à des procédures imposées, cherchent à faire valoir, dans des situations variées, une valeur ou un compromis entre valeurs, qui puisse être accepté dans un milieu et à moment donnés. »³³⁴

L'exercice d'un pouvoir, en droit, implique toujours la possibilité de faire un choix raisonnable entre plusieurs solutions. « Tout droit, tout pouvoir légalement protégé est accordé en vue d'une certaine finalité : le détenteur de ce droit a un pouvoir d'appréciation quant à la manière dont il l'exerce », ajoute Perelman, « Mais aucun droit ne peut s'exercer d'une façon déraisonnable, car ce qui est déraisonnable n'est pas de droit »³³⁵. Le caractère raisonnable établit ainsi les limites du champ du droit et du juste, pour lui.

Puisque tout litige implique par nature un désaccord, une controverse, le rôle du juge est de trouver une solution juste, raisonnable, ou du moins acceptable, qui ne soit donc ni subjective ni arbitraire. Dès lors, le jugement n'est pas un processus qui se déroule d'une manière mécanique et impersonnelle, mais étant une décision, il suppose toujours l'intervention d'une volonté, car elle exige du juge qu'il prenne des initiatives en vue d'une décision raisonnable. Comment montrer que cette volonté n'est pas arbitraire ? C'est précisément pour

³³¹ Perelman, Chaïm, « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », in *Éthique et Droit, ibid.*, p. 525.

³³² *Ibid.*, p. 525.

³³³ Perelman, Chaïm, *Logique juridique, Nouvelle Rhétorique, ibid.*, p. 162.

³³⁴ *Ibid.*, p. 135.

³³⁵ Perelman, Chaïm, « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », in *Éthique et Droit, ibid.*, p. 526.

cette raison que Perelman souligne que, dans le concept juridique moderne, le juge est obligé de motiver sa décision.

Section 2 – La Motivation et les topiques juridiques

Dans la conception actuelle du droit, un juge ne peut jamais se contenter de prononcer un jugement, mais doit également le motiver. Dans le texte du jugement, tout ce qui précède la partie opérationnelle ou le jugement juridique lui-même appartient à la motivation. Cette partie comprend généralement des références aux normes juridiques en causes et visas, une considération des faits et enfin une qualification juridique de ces faits³³⁶. Mais ce n'était pas toujours le cas, précise Perelman, comme l'a montré Godding, l'obligation de motivation est relativement récente³³⁷. Autrefois, l'argumentation juridique était d'autant plus vague que la motivation des jugements n'était pas obligatoire, que les sources du droit étaient mal citées, que le système juridique était peu élaboré et que les jugements des tribunaux n'étaient presque jamais rendus publics. La situation a toutefois changé d'abord, avec la Révolution française, ensuite après le procès de Nuremberg. À cet égard, Perelman parle de trois phases dans l'idéologie judiciaire :

« Dans la première phase, avant la Révolution française, le raisonnement judiciaire mettant l'accent sur le caractère juste de la solution, et n'accordant guère d'importance à la motivation, était néanmoins lié par la règle de justice exigeant le traitement égal de cas essentiellement semblables. De là l'importance accordée aux règles coutumières et aux précédents. Depuis la Révolution française, et pendant plus d'un siècle, en mettant au premier plan la légalité et la sécurité juridique, on avait accentué l'aspect systématique du droit et l'aspect déductif du raisonnement judiciaire. On avait répandu l'idée que ce dernier ne se différenciait guère du raisonnement purement formel : ce rapprochement entre le droit et les mathématiques devait garantir le fonctionnement prévisible et impartial des Cours et tribunaux. Nous assistons depuis quelques dizaines d'années à une réaction qui, sans aller jusqu'à un retour au droit naturel, à la manière propre aux XVII^e et XVIII^e siècles, confie néanmoins au juge la mission de rechercher, pour chaque litige particulier, une solution équitable et raisonnable, tout en lui demandant de rester, pour y parvenir, dans les limites de ce que son système de droit l'autorise à faire. Mais on lui permet, pour réaliser la synthèse recherchée entre l'équité et la loi, d'assouplir celle-ci

³³⁶ Vannier, Guillaume, *op. cit.*, p. 154.

³³⁷ Perelman, Chaïm, « La motivation des décisions de justice », in *Éthique et Droit*, *ibid.* p. 671.

grâce à l'intervention croissante des règles de droit non écrites, représentées par les principes généraux du droit et la prise en considération des topiques juridiques »³³⁸.

L'obligation de motiver la décision judiciaire, imposée avec la Révolution française, visait fondamentalement, « à soumettre les juges, trop indépendants, à la volonté de la nation, c'est-à-dire à la volonté du législateur qui l'incarne »³³⁹, mais aujourd'hui cette exigence est comprise dans un sens plus large. L'importance de motiver les décisions judiciaires est désormais reconnue comme essentielle à la bonne administration de la justice. Motiver effectivement, d'après Perelman, « c'est justifier la décision prise, en fournissant une argumentation convaincante, indiquant le bien fondé des choix effectués par le juge »³⁴⁰. Selon les termes de T. Sauvel, « motiver une décision, c'est en exprimer les raisons »³⁴¹. La motivation consiste donc à persuader les parties du litige du caractère juste du jugement.

Motiver un jugement, ce n'est pas le justifier d'une manière impersonnelle et, pour ainsi dire, démonstrative, mais le justifier à l'aide d'arguments convaincants. Cela signifie persuader un auditoire de ce que le jugement est conforme à ses exigences. Toutefois, ces exigences peuvent varier en fonction de l'auditoire cible : parfois, elles sont purement formelles et legalistes, parfois elles portent sur les conséquences ; il s'agit de montrer qu'elles sont appropriées, justes, raisonnables ou acceptables. « Le plus souvent, souligne Perelman, elles concernent les deux aspects, elles concilient les exigences de la loi, l'esprit du système, avec l'appréciation des conséquences »³⁴². En motivant une décision, le juge doit non seulement montrer que celle-ci est raisonnable et acceptable, mais aussi il doit montrer qu'elle est conforme au droit, au moyen d'une argumentation juridique suffisamment solide.

L'idée de motivation d'un jugement change de sens selon les auditoires auxquels il s'adresse, d'après Perelman³⁴³. Il attire l'attention ainsi sur l'aspect rhétorique du processus judiciaire. « Les décisions de justice doivent satisfaire trois auditoires différents, écrit-il, d'une part les parties au litige, ensuite les professionnels du droit et, enfin, l'opinion publique, qui se manifesterà par la presse et les réactions législatives aux arrêts des tribunaux »³⁴⁴. La motivation

³³⁸ Perelman, Chaïm, *Logique juridique, Nouvelle Rhétorique, ibid.*, p. 136-137.

³³⁹ Perelman, Chaïm, « La motivation des décisions de justice », in *Éthique et Droit, ibid.*, p. 672.

³⁴⁰ Perelman, Chaïm, *Logique juridique, Nouvelle Rhétorique, ibid.*, p. 162.

³⁴¹ *Ibid.*, p. 154.

³⁴² Perelman, Chaïm, « La motivation des décisions de justice », in *Éthique et Droit, ibid.*, p. 682.

³⁴³ *Ibid.*, p. 677.

³⁴⁴ Perelman, Chaïm, *Logique juridique, Nouvelle Rhétorique, ibid.*, p. 173.

s'adaptera à l'auditoire à persuader, conformément à ses exigences en matière de droit et de justice. Puisque cette conception varie selon les époques, les pays et l'idéologie dominante, il n'existe pas de vérité objective à ce propos, mais seulement un effort d'adaptation à une situation particulière³⁴⁵.

Selon Perelman, même si les tribunaux inférieurs, par les motifs de leur jugement, visent à persuader les parties du litige et l'opinion publique éclairée, leur objectif premier est de persuader les instances supérieures qui pourraient exercer un contrôle en cas d'appel ou de recours en cassation. Pour lui :

« Les juridictions supérieures, ayant le souci d'unifier la jurisprudence et d'établir la paix judiciaire, s'efforcent de convaincre les cours et tribunaux de ce que la solution qu'elles présentent est, chaque fois, la plus conforme au droit en vigueur et la mieux adaptée aux problèmes qu'elles s'efforcent de résoudre. Cette double perspective, visant à concilier la sécurité juridique avec l'équité et l'intérêt général, a pour conséquence que la plupart des problèmes juridiques sont résolus non par l'énoncé de la seule réponse évidente, mais par un compromis qui résulte souvent d'un effort pour ménager les diverses valeurs qu'il s'agit de sauvegarder. »³⁴⁶

Le juge doit, d'une part, rendre une décision raisonnable ou du moins acceptable qui est la plus appropriée au cas d'espèce et persuader les parties du litige du caractère juste de cette décision par les motifs qu'il présenterait pour cette décision, et d'autre part, il doit montrer que cette décision raisonnable est également conforme au droit. « Il ne suffit pas que la décision paraisse équitable, d'après Perelman, il faut encore qu'elle soit conforme au droit en vigueur, et acceptable comme telle, par ceux qui l'examineront »³⁴⁷. C'est parce que, « la paix judiciaire n'est définitivement rétablie que lorsque la solution, qui est la plus acceptable socialement s'accompagne d'une argumentation juridique suffisamment solide »³⁴⁸, écrit-il. Perelman attribue sans doute une mission difficile au juge. Nous avons déjà vu que l'application des lois positives peut parfois conduire à des conséquences inacceptables, que la loi et le raisonnable peuvent entrer en conflit. Perelman nous donne de nombreux exemples à ce titre. Dans une telle difficulté, la solution la plus simple consiste à opposer l'esprit de la loi à la lettre de la loi,

³⁴⁵ Perelman, Chaïm, « La motivation des décisions de justice », in *Éthique et Droit*, *ibid.*, p. 682.

³⁴⁶ *Ibid.*, p. 678-679.

³⁴⁷ Perelman, Chaïm, *Logique juridique, Nouvelle Rhétorique*, *ibid.*, p. 163.

³⁴⁸ *Ibid.*, p. 141.

affirme Perelman, lorsque cela ne produit pas une solution acceptable, nous donnons parfois la priorité à l'esprit du droit sur l'esprit de la loi, s'inspirant des renseignements que le législateur peut avoir fournis dans des textes autres que la loi envisagée, et enfin parfois en allant plus loin, à la rigueur, on opposera la volonté du législateur réel à celle du législateur raisonnable, qui ne voudrait pas ce qui est socialement déraisonnable et inacceptable³⁴⁹.

La démarche de Perelman est sans doute motivée par le souci que le juge ne compromette la sécurité juridique en prenant une décision socialement acceptable. D'après lui, « il ne faut jamais, à ce propos, perdre de vue que le juge, en rédigeant un jugement, n'a pas à exprimer une opinion strictement personnelle »³⁵⁰. Le juge ne porte jamais de jugement personnel, même si c'est pour rendre un jugement raisonnable, il ne peut pas avoir une marge de manœuvre illimitée de façon arbitraire. La motivation de la décision doit montrer suffisamment que celle-ci est conforme au droit en vigueur³⁵¹. Ainsi que précise Vannier, « pour juger, le juge doit se soumettre à une certaine tradition argumentative d'interprétation, qui impose une certaine fidélité à la lettre de la loi »³⁵². Dans la ligne de la doctrine de Perelman, comme l'a nuancé Legros, « le juge doit se décider — car il *doit* décider — *loyalement*. Le juge doit être plutôt loyal, dans l'interprétation de la loi, que fidèle à celle-ci »³⁵³. « Le loyalisme, explique-t-il, est une fidélité moins stricte sans doute, mais assurément plus profonde. Le juge a le devoir de loyalisme, c'est-à-dire finalement l'honnêteté intellectuelle, plus raffinée que la fidélité obtuse, plus opérative que la stricte obéissance (esclave de la loi) »³⁵⁴. En tout état de cause, ce qui importe, selon Perelman, « c'est de sortir d'une situation inextricable et de trouver à la solution une motivation satisfaisante »³⁵⁵. À cet égard, le juge dispose d'un pouvoir complémentaire indispensable pour qu'il puisse adapter les textes légaux au cas d'espèce. « Si on ne lui reconnaissait pas ce pouvoir, insiste Perelman, il ne pourrait pas, sans recourir à des fictions, s'acquitter de sa mission, qui consiste dans le règlement des conflits : la nature des choses oblige à lui concéder un pouvoir créateur et normatif dans le

³⁴⁹ Perelman, Chaïm, « La motivation des décisions de justice », in *Éthique et Droit, ibid.*, p. 675.

³⁵⁰ Perelman, Chaïm, *Logique juridique, Nouvelle Rhétorique, ibid.*, p. 161.

³⁵¹ Perelman nuance ce point : « Notons, à ce propos, que le fait de suivre une jurisprudence constante suffit pour motiver un jugement, alors que le renversement d'une jurisprudence établie doit être sérieusement motivé. Car, à cause du grand crédit accordé à la règle de justice demandant le traitement égal de cas essentiellement semblables, il faut des raisons impérieuses pour motiver un renversement de jurisprudence » (Perelman, Chaïm, *Logique juridique, Nouvelle Rhétorique, ibid.*, p. 160).

³⁵² Vannier, Guillaume, *op. cit.*, p. 156.

³⁵³ Legros, Robert, art. préc., p. 437.

³⁵⁴ *Ibid.*, p. 437.

³⁵⁵ Perelman, Chaïm, « La motivation des décisions de justice », in *Éthique et Droit, ibid.*, p. 674.

domaine du droit»³⁵⁶. Le juge utilise ce pouvoir à l'aide de certaines techniques argumentatives. C'est l'étude de ces techniques de motivation qui permet de dégager le raisonnement judiciaire selon lequel le juge doit concilier notre besoin de l'équité avec la conformité au droit. Il faut assouplir le droit imposé par le législateur avec ces techniques afin de le concilier avec ce qui est considéré comme équitable ou raisonnable. « On cherchera par tous les moyens, allant jusqu'à la fiction juridique, à éviter ces conséquences déraisonnables »³⁵⁷, souligne Perelman. À ce terme, il analyse plusieurs techniques argumentatives telles que la présomptions, l'abus de droit et l'antinomie dans ses différents ouvrages. Vu que notre présente étude est limitée, nous nous contenterons d'examiner les topiques juridiques auxquelles l'importance particulière attribuée par Perelman conduit à la qualification de sa théorie comme topique.

« Toute la problématique du raisonnement juridique, et spécialement judiciaire, précise Perelman, s'efforcera donc d'élaborer une dialectique, où la recherche d'une solution satisfaisante enrichira l'arsenal méthodologique permettant de maintenir la cohérence du système, tout en l'assouplissant »³⁵⁸. C'est dans cette perspective qu'il attire l'attention sur le rôle des principes généraux du droit et des topiques juridiques qui est devenu à la mode parmi les juristes de l'époque grâce la méthodologie élaborée par Esser³⁵⁹. À ce titre, Perelman mentionne avec une grande admiration deux ouvrages qui portent sur les topiques juridiques. *Topik und Jurisprudenz* de Theodor Viehweg et *Topische Jurisprudenz* de Gerhard Struck sont le résultat d'un effort méritoire, d'après lui. Il cite les descriptions apportées par Ganshof van der Meersch et Henri de Page. Selon ce dernier, « les maximes de droit, que l'on dénomme aussi « adages » ou « brocards » sont les proverbes du droit »³⁶⁰. Pour Ganshof van der Meersch :

« Au point de vue de la forme ce sont des formules brillantes, concises, et frappantes, généralement en latin. Au point de vue du fond, ce sont des vérités d'ordre général, qui ne tiennent pas compte des exceptions et ignorent l'évolution du droit. Nombre de maximes sont donc incomplètes, généralement incertaines, voire inexactes, parfois même directement

³⁵⁶ Perelman, Chaïm, *Logique juridique, Nouvelle Rhétorique, ibid.*, p. 149.

³⁵⁷ Perelman, Chaïm, « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », in *Éthique et Droit, ibid.*, p. 521-522.

³⁵⁸ Perelman, Chaïm, *Logique juridique, Nouvelle Rhétorique, ibid.*, p. 85.

³⁵⁹ Esser a élaboré une synthèse en combinant entre une conception plus souple et plus sociologique du raisonnement juridique et la recherche d'une décision judiciaire équitable, raisonnable. (Perelman, Chaïm, *ibid.*, p. 82).

³⁶⁰ Perelman, Chaïm, *ibid.*, p. 86.

contraires à la loi. Le professeur Carbonnier les appelle « une doctrine anonyme et immémoriale ». Comme telles, elles sont étrangères au droit positif. »³⁶¹

Les topiques juridiques renvoient, sans aucun doute, aux lieux *spécifiques* d'Aristote. Alors que les lieux *communs* sont utilisés dans l'argumentation générale, dont Aristote a traité dans ses *Topiques*, les lieux *spécifiques* concernent les matières particulières. Comme l'explique Alain Melcer :

« C'est ainsi que, faisant sienne la distinction aristotélicienne des « lieux communs » et des « lieux spécifiques » du discours persuasif, Perelman nomme « topique juridique » l'étude et l'usage jurisprudentiel des lieux spécifiques du droit, qui étaient bien connus des juristes jusqu'au milieu du XVIII^e siècle. La topique juridique rassemble, outre des « lieux communs », des types d'arguments caractéristiques du raisonnement jurisprudentiel dans son usage effectif. »³⁶²

En ce sens, l'on peut dire que les principes généraux du droit sont les lieux spécifiques du droit³⁶³. Grâce à leur généralité et à leur ambiguïté, ces principes peuvent tantôt être utilisés comme des arguments en soi, tantôt comme le point de départ d'une argumentation.

D'après Perelman, les maximes, malgré leur nature intrinsèquement différente des principes généraux du droit, représentent les points de vue pris en compte par la tradition juridique et fournissent des arguments qui ne peuvent être négligés par la méthodologie qui cherche à concilier la fidélité au système de droit avec le caractère raisonnable et acceptable du jugement³⁶⁴. Pour une argumentation plus plausible et raisonnable, cette approche topique permet l'assouplissement du système juridique. Le recours aux topiques juridiques ne va nullement à l'encontre de l'idée d'un système juridique, souligne Perelman, mais plutôt de l'application rigide et irréfléchie des règles de droit. Au contraire, les topiques permettent le développement d'arguments juridiques, de controverses et, une fois que tous les points de vue ont été exposés, une décision réfléchie et satisfaisante peut être prise. La sécurité juridique étant l'une des valeurs fondamentales du droit, contribuant au respect des règles de droit, de la jurisprudence, des coutumes et des habitudes sociales, les partisans des topiques juridiques ne

³⁶¹ *Ibid.*, p. 86.

³⁶² Melcer, Alain, « Les enjeux philosophiques de la topique juridique selon Perelman », *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 66, no. 2, 2010, pp. 195-212. p. 201.

³⁶³ Goltzberg, *op. cit.*, p. 47.

³⁶⁴ *Ibid.*, p. 86.

peuvent jamais perdre de vue les inconvénients de l'incertitude en droit, assure Perelman. Ces juristes, en effet, font le recours aux topiques précisément pour cette raison, à savoir pour maintenir la sécurité juridique. Il est vrai que le juge aura davantage de liberté dans l'interprétation des textes légaux, dans leur assouplissement, grâce aux topiques juridiques ; mais cette liberté au lieu de conduire à l'arbitraire, « accroît les moyens intellectuels dont le juge dispose dans sa recherche d'une solution raisonnable, acceptable, équitable »³⁶⁵. Le grand avantage des topiques juridiques, selon Perelman, consiste donc « dans le fait que, au lieu d'opposer dogmatique et pratique, ils permettent d'élaborer une méthodologie juridique qui s'inspire de la pratique, et guident des raisonnements juridiques qui, au lieu d'opposer le droit à la raison et à la justice, s'efforceront, au contraire, de les concilier »³⁶⁶.

En somme, Perelman en redécouvrant la fonction argumentative des figures du discours, et en introduisant le concept d'un auditoire particulier à côté de l'auditoire universel à la rhétorique, il a fait de la rhétorique un instrument utile pour les domaines où le raisonnement pratique règne, tels que le droit et la politique. Dans ces domaines, il a prôné le pluralisme en relégitimant les valeurs. Selon les termes de Maurizio Manzin, « Perelman désirait en effet de toutes ses forces ramener la réflexion philosophique sur le thème des valeurs, en d'autres termes des décisions, et remettre ainsi en cause l'utilité du cloisonnement épistémique inflexible des partisans du divisionnisme éthique »³⁶⁷. Dans cette perspective, plus particulièrement, il a élaboré une logique juridique qui diffère de la logique formelle, à partir de la Nouvelle rhétorique. En faisant cela, il a souligné surtout l'importance du rôle des topiques juridiques pour le raisonnement judiciaire, et nous a montré comment ces topiques permettent de prendre une décision à la fois raisonnable et conforme au droit.

³⁶⁵ *Ibid.*, p. 95.

³⁶⁶ *Ibid.*, p. 96.

³⁶⁷ Manzin, Maurizio, « Vérité et logos la perspective de la rhétorique judiciaire. Contributions perelmaniennes à la culture juridique du troisième millénaire. », in Frydman, Benoît et Meyer, Michel (éds), *op. cit.*, p. 264.

CONCLUSION

Le principal problème auquel s'intéresse la théorie de l'argumentation juridique de Perelman est la nature du raisonnement juridique, en d'autres termes la façon de mener le dialogue judiciaire aux fins de la décision. À ce stade, la théorie perelmanienne s'est donnée pour objectif de fournir au juge les moyens de concilier le respect du droit et les valeurs que le droit est censé protéger. Dans ce but, le souci de Perelman est d'éviter deux erreurs fondamentales, deux extrêmes dans lesquels le juge peut être piégé. D'une part, il rejette le *totem*³⁶⁸ de la doctrine formaliste, à savoir le syllogisme judiciaire, le but de la création d'un mécanisme de décision automatique et d'autre part, il conteste l'idée kelsénienne qui laisse la décision de justice à l'arbitraire du juge. La théorie de Perelman se caractérise donc par le refus du pur formalisme et de l'arbitraire. Il apparaît comme un auteur de la « troisième voie ».

La théorie de Perelman est, d'abord, anti-formaliste car, selon lui, le déductivisme formel ne répond pas à notre besoin de justice et d'équité. Le rôle du juge est plus qu'être une *bouche* qui prononce la lettre de loi. Par ailleurs, il semble que Perelman reste fidèle ou du moins *loyal* comme l'a nuancé Robert Legros³⁶⁹, à la thèse du juspositivisme, selon laquelle le droit *est* la loi, mais pour lui le droit ne se réduit pas à la loi, car elle n'est jamais ni exhaustive, ni même entièrement préalable en droit, mais après son établissement, elle sera toujours en train d'être précisée, constituée et modifiée dans son application. D'après Perelman, la loi n'est pas donc un point de départ incontestable pour construire un syllogisme judiciaire, mais plutôt un point à trouver par la vérification argumentative. En bref, la réfutation du panlégisme consiste, chez Perelman, à une acceptation du légicentrisme, et à une dénonciation du déductivisme³⁷⁰.

Perelman s'oppose également à l'idée kelsénienne que le juge prenne une décision de manière arbitraire, car l'arbitraire peut toujours entraîner des conséquences inacceptables, c'est la raison pour laquelle il qualifie l'arbitraire de déraisonnable. Cette perspective qui réduit la décision de justice à la seule volonté arbitraire, selon lui, est non seulement incompatible avec la pratique judiciaire, mais met également en péril la sécurité juridique, qui est l'une des valeurs centrales du droit, car si toutes les décisions sont arbitraires, la prévisibilité disparaît. Même si Perelman est d'accord avec Kelsen sur le point qu'il attribue une certaine liberté au juge, la

³⁶⁸ Manzin, Maurizio, *ibid.*, p. 272.

³⁶⁹ Legros, Robert, art. préc., p. 437.

³⁷⁰ Vannier, Guillaume, *ibid.*, p. 119.

Nouvelle rhétorique ne consiste pas à tout laisser à la discrétion du juge, ni même à lui permettre d'ignorer la loi. Selon Perelman, le juge, en motivant une décision, doit non seulement montrer que celle-ci est raisonnable et acceptable, mais aussi persuader l'auditoire qu'elle est conforme au droit, au moyen d'une argumentation juridique suffisamment solide.

Dans le raisonnement juridique tel qu'il est conçu par Perelman, donc, « le formalisme, c'est-à-dire le respect de la lettre de la loi et des précédents judiciaires, se combine avec le pragmatisme, c'est-à-dire l'appréciation des conséquences de l'application de la loi ». Le juge utilise son pouvoir d'appréciation afin d'établir une décision raisonnable à l'aide de certaines techniques argumentatives. D'ailleurs, cet équilibre n'est qu'apparent selon Vannier. Selon lui dans la pensée perelmanienne c'est le pragmatisme qui domine en réalité. « En effet, le formalisme du respect de la règle juridique est lui-même un objectif pragmatiste, puisqu'il n'est choisi que pour les critères pragmatiques d'ordre et de tranquillité sociale »³⁷¹.

Pierre Brunet, à cet égard, reproche à Perelman l'ambiguïté de la détermination du raisonnable³⁷². Il est vrai que Perelman, ne nous donne pas une définition exacte qui nous permettra de connaître clairement le raisonnable, peut-être parce que, comme l'a dit Goltzberg, ce concept est indéfinissable. Quoi qu'il en soit, la difficulté de définir le raisonnable, qui est le cœur de la théorie de l'argumentation, semble être l'un des points les plus faibles de la théorie perelmanienne.

C'est l'étude de techniques de motivation qui permet de dégager le raisonnement judiciaire selon lequel le juge doit concilier notre besoin d'équité avec la conformité au droit. Il faut assouplir le droit imposé par le législateur avec ces techniques afin de le concilier avec ce qui est considéré comme socialement équitable ou raisonnable. Quand l'application du texte de loi aurait des conséquences socialement inacceptables ou déraisonnables, la solution la plus simple consiste à opposer l'esprit de la loi à la lettre de la loi, d'après Perelman, lorsque cela ne produit pas une solution acceptable, nous donnons parfois la priorité à l'esprit du droit sur la lettre de la loi, s'inspirant des renseignements que le législateur peut avoir fournis dans des textes autres que la loi envisagée, et enfin parfois en allant plus loin, à la rigueur, on opposera la volonté du législateur réel à celle du législateur raisonnable, qui ne voudrait pas ce qui est socialement déraisonnable et inacceptable. Selon Perelman on doit chercher par tous les

³⁷¹ *Ibid.*, p. 127.

³⁷² Brunet, Pierre, art. préc., p. 199.

moyens, allant jusqu'à la fiction juridique, à éviter ces conséquences déraisonnables. À ce terme, il analyse plusieurs techniques argumentatives telles que la présomption, l'abus de droit et l'antinomie dans ses différents ouvrages. Perelman poursuit la tradition de Theodor Viehweg et Gerhard Struck en insistant surtout sur l'importance du rôle des topiques juridique pour le raisonnement judiciaire. Selon lui, les lois, les institutions et le système des sources en général ont une nature topique. Les topiques, représentent les points de vue pris en compte par la tradition juridique et fournissent des arguments qui ne peuvent être négligés par la méthodologie qui cherche à concilier la fidélité au système de droit avec le caractère raisonnable et acceptable du jugement. Pour une argumentation plus plausible et raisonnable, cette approche topique permet l'assouplissement du système juridique.

Manuel Atienza trouve l'approche topique de Perelman réductrice. Selon lui, l'approche formaliste et l'approche topique-rhétorique sous-tendent un aspect important de la pratique du raisonnement juridique, mais à elles seules, elles sont insuffisantes et réductrices³⁷³. D'après Goltzberg, même si Perelman s'est rapproché un peu du réductionnisme topique – d'ailleurs « peut-être son époque l'autorisait-elle, voire l'exigeait-elle ? » nuance-t-il - Perelman s'est frayé une voie entre les deux réductionnismes, entre le réductionnisme logique et le réductionnisme topique³⁷⁴. En effet, Perelman ne considère pas que le juge est complètement indépendant de la loi, mais plutôt que le juge doit adhérer à la loi et aux précédents, et ne peut prendre une décision différente que s'il existe des raisons suffisantes pour qu'il agisse autrement, auquel cas il doit fournir des arguments solides pour convaincre son auditoire, et même alors, avec l'obligation de motiver, il doit le convaincre que cette décision est également conforme à la loi. Il semble donc erroné d'accuser Perelman d'un tel réductionnisme.

En tout état de cause, la *Nouvelle rhétorique* de Perelman, avec ses forces et ses faiblesses, a permis de comprendre la nature argumentative et topique du raisonnement juridique. Elle a présenté plus clairement les outils dont dispose le juge pour combiner le respect du droit avec le respect des valeurs que le droit est censé défendre. De surcroît, les recherches menées par Perelman après sa redécouverte de la rhétorique ont ouvert de nouvelles possibilités de réflexion dans de nombreux domaines, mais particulièrement en droit. Il a laissé derrière lui une œuvre féconde sur laquelle germeront de nouvelles pensées. Autrement dit, l'œuvre de

³⁷³ Atienza, Manuel, « Argumentation in the law », IVR Encyclopedia of Jurisprudence, Legal Theory and Philosophy of Law, (08.08.2014).

³⁷⁴ Goltzberg, Stefan, *op. cit.*, p. 106.

Perelman n'est pas une fin en soi, mais une base pour de nouveaux commencements. Elle appelle à poursuivre des nouvelles recherches et des développements dans plusieurs directions. Comme le disait Benoît Frydman, « Il s'agit de penser au départ de Perelman, avec lui et parfois contre lui, mais certainement au-delà de Perelman lui-même »³⁷⁵.

Depuis Perelman, de nouveaux développements ont eu lieu dans de nombreuses disciplines. En droit aussi, le contexte a fondamentalement changé, comme l'a souligné Benoît Frydman, depuis les travaux de la première génération de l'École de Bruxelles. D'un côté, avec les progrès de l'intelligence artificielle, et de l'informatiques juridique, le formalisme contre lequel Perelman a bâti sa théorie a pris aujourd'hui une toute autre dimension. D'un autre côté, alors que le droit et les institutions juridiques étaient considérés par Perelman comme ayant une nature topique et principalement à l'échelle nationale, aujourd'hui l'émergence de nouveaux conflits avec la mondialisation nous oblige à repenser le droit. En bref, si on parle selon les termes de Carl L. Becker, le « climat intellectuel »³⁷⁶ a changé depuis Perelman. Dès lors, on peut se demander, en ce début de troisième millénaire, si la *Nouvelle rhétorique* de Perelman peut nous fournir des instruments « raisonnables » pour comprendre le droit contemporain ?

³⁷⁵ Frydman, Benoît, « La postérité de Perelman », in Frydman, Benoît et Meyer, Michel (éds), *ibid.*, p. 290.

³⁷⁶ Angenot, Marc, « La notion d'arsenal argumentatif : l'inventivité rhétorique dans l'histoire », in Frydman, Benoît et Meyer, Michel (éds), *ibid.* p. 45.

BIBLIOGRAPHIE

I/ Ouvrages

- Amossy, Ruth. *L'argumentation dans le discours*, Paris, Armand Colin, 2006.
- Aristote. *Rhétorique*, texte établi et traduit par Médéric Dufour et André Wartelle, Paris, Gallimard, coll. « Tel », 2014.
- Baume, Sandrine. *Kelsen. Plaider la démocratie*, Paris, Édition Michalon, coll. « Le bien commun » 2007.
- Bergel, Jean-Louis. *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 3e éd., 1999.
- Frydman, Benoît et Meyer, Michel (éds). *Chaïm Perelman (1912-2012). De la nouvelle rhétorique à la logique juridique*, Paris, PUF, coll. « L'interrogation philosophique », 2012.
- Frydman, Benoît. *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Penser le droit », 2007.
- Goltzberg, Stefan. *Chaïm Perelman. L'argumentation juridique*, Paris, Édition Michalon, coll. « Le bien commun », 2013.
- Grzegorzczak Christophe, Morelou Jean-Pierre et Krautter Philippe (dir.), *Le positivisme juridique*, LGDG [u.a.], 1993
- Jouanjan, Olivier (éd.). *Hans Kelsen. Frome du droit et politique de l'autonomie*, Paris, PUF, coll. « Débats philosophiques », 2010.
- Jouanjan, Olivier. *Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazi.*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2017.
- Melcer, Jean-François. *Justice et Rhétorique selon Chaïm Perelman ou comment dire le juste ?* Paris, Éditions L'Harmattan, coll. « Ouverture philosophique », 2013.
- Meyer, Michel et Lempereur Alain (éds.). *Figures et conflits rhétoriques*, Bruxelles, Éditions de l'Université Bruxelles, 1996.
- Meyer, Michel. *La Rhétorique d'Aristote. Un commentaire raisonné*, Paris, Vrin, coll. « Bibliothèque d'histoire de la philosophie », 2020.
- Meyer, Michel. *La Rhétorique*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? » 2020.
- Meyer, Michel (éd.). *Perelman. Le renouveau de la rhétorique*, Paris, PUF, coll. « Débats philosophiques », 2004.
- Montesquieu, *Cahiers (1716-1755)*, Paris, Grasset, 1941.
- Montesquieu, *De l'esprit des lois*.

- Montesquieu, *Lettres persanes (1721)*
- Perelman, Chaïm. *Éthique et droit*, Bruxelles, Éditions de l'Université Bruxelles, 2012.
- Perelman, Chaïm. *L'Empire rhétorique. Rhétorique et argumentation.*, Paris, Vrin, coll. « Bibliothèque des textes philosophiques », 2012.
- Perelman, Chaïm. *Le Raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique.*, Paris, L.G.D.J., coll. « Bibliothèque de philosophie du droit », 1984.
- Perelman, Chaïm. *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique*, Paris, Dalloz, [1979], 1999.
- Perelman, Chaïm et Olbrechts-Tyteca Lucie. *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Bruxelles, Éditions de l'Université Bruxelles, 2008.
- Perelman, Chaïm. *Rhétoriques*, Bruxelles, Éditions de l'Université Bruxelles, 2012.
- Pernot, Laurent. *La Rhétorique dans l'Antiquité*, Paris, Librairie générale française, coll « Le Livre de Poche », 2000.
- Reboul, Olivier. *Introduction à la rhétorique*, Paris, PUF, 2013.
- Spector, Céline. *Rousseau. Les paradoxes de l'autonomie démocratique*. Paris, Michalon Éditeur, coll. « Le bien commun », 2015.
- Strauss, Leo. *Droit naturel et histoire*, traduit par Monique Nathan et Éric de Dampierre, Paris, Éditions Flammarion, 2020.
- Vannier, Guillaume. *Argumentation et Droit. Introduction à la Nouvelle Rhétorique de Perelman*, Paris, PUF, coll. « L'interrogation philosophique », 2001.

II/ Articles

- Amossy, Ruth. « Les enjeux du 'déraisonnable' : rhétorique de la persuasion et rhétorique du consensus », in Frydman et Meyer (2012 : 17-37).
- Atias, Christian. « Perelman et le droit: le rendez-vous manqué du renouveau rhétorique », in Meyer, Michel (éd.), (2004 : 103-121).
- Atienza, Manuel, « Argumentation in the law », IVR Encyclopedia of Jurisprudence, Legal Theory and Philosophy of Law, (08.08.2014).
- Bobbio, Norberto. « Perelman et Kelsen », traduit par Alain Melcer, *Droits*, vol. 33, no. 1, 2001, pp. 165-180.
- Brunet, Pierre. « Perelman, le positivisme juridique et l'interprétation », in Frydman et Meyer (2012 : 189-202).
- Buffon, Bertrand. « Perelman et la relégitimation du politique », in Meyer, Michel (éd.), (2004 : 39-50)

- Cassin, Barbara, « Les rhétoriques de Platon à Perelman », in Meyer, Michel et Lempereur Alain (éds.), (1996 :)
- Challe, Édouard. « Jürgen Habermas et le fondement communicationnel du droit », *Le Philosophoire*, vol. 9, no. 3, 1999, pp. 175-199.
- Coing, H. « Trois formes historiques d'interprétation du droit. Glossateurs, pandectistes, école de l'exégèse ». *Revue historique de droit français et étranger (1922-)* , 1970, Quatrième série, Vol. 48 (1970), pp. 531-543.
- Danblon, Emmanuelle. « La Nouvelle Rhétorique de Perelman et la question de l'auditoire universel », in Meyer, Michel (éd.), (2004 : 21-37).
- Frydman, Benoît. « Exégèse et Philologie : Un cas d'herméneutique comparée », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 33, no. 2, 1994, pp. 59-83.
- Frydman, Benoît. « Perelman et les juristes de l'École de Bruxelles », in Frydman et Meyer (2012 : 229-246).
- Goltzberg, Stefan. « Les sources perelmaniennes entre Athènes, Rome et Jérusalem », in Frydman et Meyer (2012 : 247-260).
- Goyard-Fabre, Simone. « De quelques ambiguïtés du positivisme juridique », in *Cahiers de philosophie politique et juridique*, Centre de publications de l'Université de Caen, n° 13, 1988, pp. 23-44.
- Hardy, Hugo. « La critique perelmanienne de la théorie pure du droit : Essai de synthèse. », *Canadian journal of law and society*, 21, 2006, pp. 51-64.
- Halpérin, Jean-Louis. « École de l'exégèse », Encyclopædia Universalis [en ligne], consulté le 5 juillet 2022. URL : <http://www.universalis-edu.com/janus.bis-sorbonne.fr/encyclopedie/ecole/de/l-exegese/>
- Jouanjan, Olivier. « Présentations. Formalisme juridique, dynamique du droit et théorie de la démocratie : la problématique de Hans Kelsen », in Jouanjan (2010 : 11-46).
- Just, Gustavo. « La « jurisprudence herméneutique » et son horizon : l'interprétation entre ses conditions et ses possibilités », *Droits*, vol. 40, no. 2, 2004, pp. 219-243.
- Kaufmann, Arthur. « Par-delà le droit naturel et le positivisme juridique vers l'herméneutique juridique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 82, no. 1, 2019, pp. 61-71.
- Kervégan, Jean-François. « Raison Philosophique et Positivisme Juridique. L'exemple allemand. » in *Cahiers de philosophie politique et juridique*, Centre de publications de l'Université de Caen, n° 13, 1988, pp. 45-68.

- Legros, Robert. « La pensée juridique de Chaïm Perelman », in *Bulletin de la Classe des lettres et des sciences morales et politiques*, tome 71, 1985. pp. 432-454.
- Lempereur, Alain. « Introduction » in Perelman *Éthique et droit*, (2012 : 7-19).
- Manzin, Maurizio. « Vérité et logos la perspective de la rhétorique judiciaire. Contributions perelmaniennes à la culture juridique du troisième millénaire », in Meyer, Michel (éd.), (2012 : 261-288).
- Melcer, Alain. « Les enjeux philosophiques de la topique juridique selon Perelman », *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 66, no. 2, 2010, pp. 195-212.
- Meyer, Michel, « Introduction » à la *Rhétorique* d'Aristote, Le Livre de Poche, 1991.
- Meyer, Michel. « Introduction », in Meyer, Michel (éd.), (2004 : 9-19).
- Plantin, Christian. « Sans démontrer ni (s')émouvoir », in Meyer, Michel (éd.), (2004 : 65-80).
- Renaut, Alain. « Les positivismes et le droit. Du positivisme philosophique au positivisme juridique. » in *Cahiers de philosophie politique et juridique*, Centre de publications de l'Université de Caen, n° 13, 1988, pp. 9-22.
- Viala, Alexandre. « Le positivisme juridique: Kelsen et l'héritage kantien », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 67, no. 2, 2011, pp. 95-117.

III/ Revues

- *Bulletin de la Classe des lettres et des sciences morales et politiques*, tome 71, 1985.
- *Cahiers de philosophie politique et juridique*, Centre de publications de l'Université de Caen, n° 13, 1988
- *Canadian journal of law and society*, 21, 2006.
- *Droits*, vol. 33, no. 1, 2001.
- *Droits*, vol. 40, no. 2, 2004.
- *Le Philosophoire*, vol. 9, no. 3, 1999.
- *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 66, no. 2, 2010.
- *Revue historique de droit français et étranger (1922-)*, Quatrième série, vol. 48, 1970.
- *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 33, no. 2, 1994.
- *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 67, no. 2, 2011.
- *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 82, no. 1, 2019.

IV/ Sites internet

- https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006419283/ (le 2 juin 2022)
- <http://www.universalis-edu.com.janus.bis-sorbonne.fr/encyclopedie/cole-de-l-exegese/> (le 5 juillet 2022)