L'argumentation juridique chez Chaïm Perelman

Stéven Modeste YOMBI
msyombi@gmail.com
et
Evariste Dupont BOBOTO
evaristedupontb@gmail.com
Université Marien Ngouabi (Congo)

Résumé

La théorie de l'argumentation de Chaïm Perelman a permis de comprendre le droit par la rhétorique. Elle montre qu'à côté de la rhétorique générale, il existe une rhétorique spéciale appelée « nouvelle rhétorique ». Celle-ci prend pour modèle la figure du juge et démontre qu'il existe un fossé entre les raisonnements mathématiques mis au point par la logique formelle et les raisonnements habituels décrits par l'argumentation. Ces derniers sont le domaine par excellence du raisonnement judiciaire. Ainsi, le langage du droit ou la prise des décisions de justice repose dans le pouvoir argumentatif du juge à persuader l'auditoire.

Mots-clés

argumentation, démonstration, rhétorique juridique, logique juridique.

Abstract

Chaïm Perelman's theory of argumentation made it possible to understand law through rethorics. It shows that next to the general rethoric, there is a special rethoric called « new rethoric ». It takes as a model the figure of the judge and shows that there is a gap between the mathematical reasoning developed by formal logic and the usual reasoning described by argumentation. The latters are the quintessential domain of judicial reasoning. Thus, the language of law or the making of court decisions rests in the argumentative power of the judge to persuade the audience.

Keywords

argumentation, demonstration, legal rethoric, legal logic.

Introduction

La théorie de l'argumentation tire ses origines de la rhétorique ou l'art de bien parler. Aristote qui est l'un des premiers théoriciens de la

rhétorique la désigne comme le discours qu'un orateur tient devant un auditoire pour prétendre le persuader ou l'émouvoir. Cependant, pour prétendre persuader, il convient de faire usage de l'argumentation. Mais, l'argumentation est un concept dynamique, dans la mesure où il ne cesse d'évoluer à travers le temps, au point où on peut parler de l'argumentation, de l'argumentation logique, de l'argumentation juridique qui constitue l'objet de notre réflexion chez Chaïm Perelman. Cette théorie perelmanienne a été marquée ces dernières années du sceau de l'hermétisme juridique et de la théorie générale du raisonnement pratique.

Le droit apparait ainsi comme un art de gérer les controverses et le juge chargé de l'appliquer doit convaincre les parties et plus largement l'opinion. On est au cœur de la philosophie du raisonnable dans laquelle l'instrument de mesure de la valeur d'une idée est sa capacité d'emporter l'accord des participants à la controverse qui naît de son introduction. A. Lempereur (2012, p.8) parle de la « *rhétorique de décision* » dans laquelle, après délibération, le juge a pour missions de rendre la justice dans le cadre du droit, c'est-à-dire d'articuler les faits et le droit, d'analyser et d'interpréter les lois et de les appliquer aux faits qui leur sont soumis. Loin de se contenter d'exhumer le caractère contradictoire de la rhétorique, notre travail met un accent sur le caractère résolutoire de la rhétorique qui se traduit par une décision de justice. Cet article poursuit deux objectifs : d'une part, il donne un aperçu sommaire sur le sens de l'argumentation juridique de Perelman, ses caractéristiques, ses finalités et la logique à suivre ; d'autre part, il essaye de montrer que l'argumentation juridique de Perelman a un champ élargi puisqu'elle pointe les questions relatives aux lacunes du droit, fiction, antinomies, preuve, présomption, sans être exhaustif. A travers une approche comparative, nous déroulons cette recherche autour de trois points. Dans le premier point il est question de la présentation des règles du raisonnement juridique à savoir l'obligation de juger et l'obligation de motiver. Dans le deuxième point nous présentons la « nouvelle rhétorique » comme fondement de l'argumentation juridique. Dans le troisième point, nous soulignons la dimension pragmatique de la « nouvelle rhétorique ».

1. Règles du raisonnement juridique

Comme tout raisonnement, le raisonnement juridique comporte un certain nombre de règles qui font l'objet de notre étude dans cette

section du travail. La première règle c'est l'obligation de juger, alors que la seconde c'est l'obligation de motiver.

1.1. L'obligation de juger

Chez Perelman, la toute première obligation qui s'impose au juge est celle de juger. Ce qui signifie qu'il a la responsabilité permanente de prendre une décision parfois difficile afin de prononcer une sentence qui constituera la conclusion du procès. Une telle obligation découle de l'article 4 du Code civil français de 1804 qui dispose : « *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* ». Se fondant sur cette disposition, Perelman plaide d'une part pour l'émancipation du juge vis-à-vis du législateur, et d'autre part, d'une plus grande reconnaissance de sa responsabilité.

Avant cette nouvelle approche perelmanienne visant l'émancipation du juge, il convient de signaler qu'en cas de silence ou d'obscurité de la loi, le juge devait se référer au législateur afin d'interpréter ou de réformer la loi : on parle alors du panlégisme. Cette conception fidèle à la doctrine de la séparation des pouvoirs, identifie le droit avec la loi, et charge les tribunaux de la mission d'établir les faits dont découleront les conséquences juridiques eu égard au système de droit en vigueur (Ch. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, 2000, p.24). L'article 4 du Code de Napoléon précité met fin à cette conception en ce qu'il oblige le juge à traiter le système de droit comme complet, sans lacunes, comme étant cohérent, sans antinomies, et comme clair, sans ambiguïtés donnant lieu à des interprétations. Pour Perelman, c'est uniquement devant un tel système que le rôle du juge devient conforme à la mission dont il avait été chargé, celle de déterminer les faits de la cause et d'en tirer les conséquences juridiques qui s'imposent, sans collaborer lui-même à l'élaboration de la loi. (Ch. Perelman, 1979, p.25). Cette contrainte fait, en quelque sorte du juge, un « *ministre du sens* » selon l'expression de F. Rigaux (1986, pp.79-95). Ce qui fait dire à Portalis, l'un des rédacteurs du Code civil que forcer le magistrat de recourir au législateur, ce serait admettre le plus funeste des principes, ce serait renouveler parmi nous la désastreuse législation des rescrits. (J-E-M Portalis, 1989, p.13).

Avec Perelman, il n'est pas possible, comme le suggère Bobbio, de rapprocher la rigueur du droit de celle des mathématiques[1], ni comme le propose Kelsen, de ne voir dans le droit qu'un ordre fermé[2]. Pour ce faire, il soutient que le juge ne peut, à l'instar du logicien ou du mathématicien, limiter, une fois pour toutes, le champ d'application de son système, car il risque de se rendre coupable de déni de justice s'il refuse de juger conformément à l'article 4 du Code civil français précité ou encore l'article 258 du Code pénal belge. Pour présenter les limites du panlégisme, Perelman s'appuie sur le système anglais de *Common Law* et le droit Talmudique.

En effet, contrairement au droit romano-germanique, le *Common Law* est un droit d'origine jurisprudentielle, c'est-à-dire qu'il est l'œuvre non de la loi, mais de la jurisprudence. Cela signifie que le droit anglais n'approuve pas le raisonnement qui se fonde sur le droit écrit composé de règles générales à appliquer à des cas d'espèces. C'est ainsi que sa source principale réside dans les décisions de justice, rendues au cas par cas, et qui constituent des « précédents » susceptibles d'être invoqués dans les affaires analogues ou semblables. Voilà pourquoi le raisonnement du juriste de *Common Law* n'est pas le même que celui d'un juriste français. Ainsi, si le juriste français ou plus largement du système romano-germanique déduit la solution par une application logique de la règle de droit contenue dans la loi, telle qu'interprétée par la jurisprudence, le juriste anglais de son côté procède de manière empirique et inductive en recherchant la solution qui lui parait la plus raisonnable au regard des précédents et des opinions - éventuellement dissidentes - exposées par les juges dans des affaires comparables. À en croire Ph. Malinvaud (2008, p.14), il s'agit d'un « *droit plus opportuniste que logique* ». Le droit Talmudique de son côté désigne le droit que l'on peut déduire de l'étude du Talmud, en appliquant les raisonnements utilisés par les sages pour tirer des lois du texte Totah.

Dans ces deux systèmes juridiques que sont le *Common Law* et le droit *Talmudique*, la notion de fiction juridique met en crise le panlégisme du droit positif. Précisons que la fiction juridique est selon Cornu, un « *artifice de technique juridique (en principe réservé au législateur souverain), au mensonge juridique consistant à supposer*

[1] Bobbio (N), 1952, « Scienza del diritto e analisi del linguaggio », in *Saggi di critica delle science*.
[2] Kelsen (H), 1934, *Reine Rechtslehre*

un fait ou une situation différents de la réalité en vue de produire un effet de droit » (G. Cornu, 1992, p.355). Sous la même trame conceptuelle, Perelman donne l'exemple suivant : le droit anglais de la fin du XVIIIe siècle connaissait un crime qualifié de grand *larceny* (c'est-à-dire un crime majeur), un méfait important et qui était punissable de la peine de mort. Or dans l'énumération de ce qui constituait un grand *larceny* figurait tout vol d'une valeur de 40 shillings ou plus. Très vite, les juges anglais se sont révoltés contre cette prescription ; et régulièrement peut-être pendant vingt ans, chaque fois qu'il y avait un vol important, ils l'estimaient à 39 shillings. Un jour, en 1808, un vol de 10 livres, c'est-à-dire 200 shillings a été estimé de 39 shillings. Cette fiction était devenue éclatante et cette loi fut modifiée peu après.

Cet exemple des juges anglais permet de déduire qu'un système de droit ne doit pas être assimilé à un système mathématique ou à un jeu, car un système trop formel et un jeu ne tiennent pas compte des conditions de leur fonctionnement efficace, ce qui compte c'est l'application mécanique des règles, peu importe qu'il y ait l'apoplexie d'un côté et la paralysie de l'autre. Ch. Perelman (1979, p.59) n'a donc pas tort de dire que « *le droit ne se comprend qu'en rapport avec le milieu social auquel il est applicable* ». Comme on le voit, la fiction permet au juge d'avoir la possibilité d'une réaction morale ou politique afin de se soustraire ou d'éviter l'application d'une loi injuste, arbitraire, stricte.

Ensuite, en droit Talmudique, la fiction est un passage obligé au panlégisme. C'est le cas du droit juif qui se limite à la Thora, au sens de loi révélée à Moïse. La parole de Dieu est ainsi présentée comme une loi à laquelle aucune dérogation n'est possible et à laquelle on ne peut ni rien retrancher ni rien ajouter[1] puisqu'elle est déjà souverainement juste. Moïse est présenté comme le seul prophète législateur, ou plutôt scribe de la volonté de Dieu. Toutefois, les juges ont l'obligation d'appliquer la loi pendant des millénaires, à travers des conditions variées. Ainsi, les pharisiens ayant établi de nombreux règlements qui compléteraient la loi écrite, se sont vu opposer par les sadducéens la supériorité de la loi écrite sur la coutume des ancêtres. (G. Vannier, 2001, p.112). De là surgit l'interrogation de Guillaume Vannier à savoir : comment alors adapter un droit qu'il fallait à la fois

[1] Lire *Deutéronome* IV, 1-2.

renouveler et prétendre figer ? Ch. Perelman (1990, pp. 524-525) résume bien cette affaire en ces termes :

> Le rabbin Akiba, qui a vécu au 1er siècle de l'ère chrétienne, a su trouver une réplique aux sadducéens. Selon lui, la loi orale qui n'est qu'une interprétation, une répétition (Michna) de la loi écrite, a été reçue par Moïse, au mont Sinaï, en même temps que la loi écrite, et a été transmise oralement, d'une façon ininterrompue, par des générations qu'interprètes. D'où la rédaction de la Michna, au IIe siècle, et des deux Talmud, qui discutent la Michna.

Ce cas d'espèce du droit juif permet de comprendre que si le panlégisme est érigé au rang des principes sacrosaints, cela n'exclut pas la possibilité pour le juge de faire preuve d'inventivité jurisprudentielle, c'est-à-dire non seulement de compléter les dispositions obscures de la loi, mais également de la déborder, voire la déformer. Dans certains cas, l'interprète peut utiliser la référence à la loi simplement pour renverser son sens. Tel est le cas de l'obligation imposée par la prescription de Deutéronome XV : 12 de remettre les dettes tous les sept ans : « *pour tourner la prescription (…) Hillel invente la fiction selon laquelle les tribunaux devenant les agents du tribunal, il n'y avait plus d'obligation de rémission (Makkot, 3a)* » (Ch. Perelman, 1990, p. 529).

1.2. L'obligation de motiver

Dans la tradition juridique française, depuis la révolution, le juge se trouve également sous l'obligation de motiver les décisions de justice. Lorsque les décisions sont insuffisamment motivées, il est très difficile de déceler les lignes d'une politique jurisprudentielle. Ce qui signifie que lorsque les réponses du juge sont insatisfaisantes à cause de la motivation, d'un argumentaire incompréhensible et d'une confusion dans la manipulation de certaines notions, il y a un risque à la fois sur la sécurité juridique, la garantie de l'Etat de droit et la protection des droits et libertés fondamentaux. Voilà pourquoi E. Jouannet (2008, pp. 257-258) estime que dans la procédure judiciaire, il est important de déceler le « *décalage entre le langage intérieur du juge, expression de son raisonnement et de sa parole professée sous forme écrite : la motivation* ». La légitimité de la justice dépend de la qualité de la motivation de ses décisions. C'est ainsi que pour faire asseoir son autorité et s'affirmer, tout juge a l'obligation de fonder la motivation des décisions à la fois sur des principes juridiques et les

codes juridiques. Suivant le raisonnement de Perelman, la motivation joue un rôle essentiel car c'est dans la motivation des tribunaux que nous trouverons les meilleurs échantillons de la logique juridique.

Chez le philosophe belge, l'obligation de motiver les décisions de justice relève de la persuasion et non pas de la démonstration. En effet, le juge doit en tout temps et en tout lieu convaincre l'auditoire du bien-fondé de sa décision. C'est dans cette optique que s'inscrit son obligation de motiver. La motivation est ainsi conçue comme un idéal démocratique en ce qu'elle rejette l'attitude autoritaire dans la pratique judiciaire, tel que le souligne Ch. Perelman (1990, p.679) : « *le droit autoritaire, celui qui s'impose par le respect et la majesté, n'a guère à motiver. Celui qui se veut démocratique, œuvre de persuasion et de raison, doit chercher, par la motivation, à obtenir une adhésion raisonnée* ». Ce qui fait de la motivation l'une des composantes du droit démocratique.

Pour motiver les décisions de justice, les juges font recours à des techniques argumentatives. S'il est vrai que celles-ci peuvent être employées dans tous les genres de discours, il convient de reconnaitre que la pratique judiciaire est le domaine par excellence de l'argumentation. Dans les textes de droit ainsi que les décisions de justice, on retrouve le terme « argumentation » et ses dérivés. Dès lors, on peut affirmer en toute légitimité que tout discours juridique est un discours argumenté, car les textes juridiques prescrivent que le jugement doit contenir des motifs et un dispositif.

L'obligation de motiver remonte à la tradition du Code civil, à partir de l'interdiction de la « motivation par référence », qui se limiterait à faire référence à un ou plusieurs jugements, comme le disait M. Ganshof van der Meersch dans sa mercuriale du 1er septembre 1970 adressée à la Cour de cassation belge : « *Ce n'est pas dans les exemples traduits en jurisprudence, que notre droit affirme son autorité ; c'est en principe, à la loi que, dans un système romaniste, le droit attache sa valeur fondamentale (…) aussi ne vous référez-vous pas, dans votre arrêts, à la jurisprudence, pas plus que vous n'invoquez la doctrine* »[1]. Une telle exigence formulée par cette grande figure de l'Ecole de Bruxelles n'est pas aux antipodes des principes directeurs de la « nouvelle rhétorique » perelmanienne, car

[1] La mercuriale est le discours du procureur général lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation belge. Dans ce cas, il s'agit du discours prononcé par M. Ganshof van der Meersch, le 1er septembre 1970, Journal des tribunaux, Bruxelles, 17 octobre 1970, p.559.

le projet néo rhétorique perelmanien ne consiste pas à concéder tout au bon vouloir du juge, encore moins ne lui permet d'ignorer la loi.

La motivation des décisions de justice dans la conception de Perelman vise à persuader une pluralité d'auditoires du bien-fondé de la décision rendue. Les auditoires visés par le juge sont d'abord les parties à la cause qui constituent l'auditoire particulier le plus immédiatement intéressé à la décision. Les parties au procès sont de ce fait les récepteurs les plus directs en ce sens qu'elles sont impliquées dans le conflit et en attendent la résolution. Ensuite, il y a les juridictions suprêmes (Conseil d'État et Cour de cassation en France, Cour suprême aux USA et au Congo), susceptibles de réviser, réformer, annuler ou de casser les décisions des juridictions inférieures (tribunaux et cour d'appel) et qui constitue l'auditoire des élites. Cette communauté entière des juges, et tous les spécialistes fonctionnent comme des récepteurs indirects. À cela s'ajoute l'opinion publique, voir l'humanité tout entière, donc l'auditoire universel. Cet auditoire est notamment constitué grâce à la publication des décisions des juridictions dans leurs sites web. En d'autres termes, la numérisation des décisions juridictionnelles permet à n'importe quel citoyen du monde intéressé par le fonctionnement d'une juridiction ou par la consultation d'une de ses décisions ou d'un point de vue particulier de se constituer en auditoire universel.

Cela montre que l'argumentation judiciaire est liée à l'acte d'argumenter qui vise à convaincre. Puisque le juge dans sa décision est tenu de persuader son auditoire, l'argumentation juridique l'empêche de se prononcer de manière partiale et arbitraire en offrant aux justiciables la garantie de la préservation de leurs droits. Ainsi, grâce à l'exposition des « motifs », les juridictions suprêmes[1] exerceront un contrôle sur la légalité des décisions des cours et tribunaux et de casser celles jugées non conformes au droit.

C'est dans ce sens que Perelman établit une relation entre la finalité de l'argumentation en droit et la logique juridique tout en redéfinissant celle-ci par opposition à la logique formelle. En effet, pour Perelman, la logique formelle est celle qui guide de la manière la plus stricte ou rigide le juriste dans son métier, en imposant le carcan des limites de la loi. Or, il montre que, dans la pratique, si le juriste est attaché à la loi, il est également tenu de prendre en compte d'autres paramètres

[1] Il y a plusieurs modèles de juridictions suprêmes. En France par exemple on parle de la Cour de cassation, tandis qu'au Congo on parle de la Cour suprême au Congo.

comme l'auditoire et le contexte. C'est la raison pour laquelle le philosophe de belge définit la logique juridique comme une logique de l'argumentation, de la persuasion, de la controverse. Son domaine est l'étude du raisonnement judiciaire. Et par raisonnement judiciaire on entend tout raisonnement qui, directement ou indirectement concerne l'application de la loi, au sens large du terme.

Il ressort de cette construction logico-juridique que si les décisions sont bien motivées, cela pourrait décourager l'exercice des voies de recours. Pour rappel, les décisions rendues par les tribunaux sont susceptibles d'un appel devant la Cour d'appel et celle de la Cour d'appel peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation devant une juridiction suprême dont le verdict ne suscite aucun recours. Cela correspond au projet perelmanien, pour qui, l'objectif d'une décision de justice ne consiste pas seulement à convaincre l'auditoire le plus immédiat, c'est-à-dire les parties au procès comme il le souligne : « *les décisions de justice doivent satisfaire trois auditoires différents, d'une part les parties en litige, ensuite les professionnels du droit et, enfin, l'opinion publique qui se manifeste par la presse et les réactions législatives aux arrêts des tribunaux* » Ch. Perelman (1979, p.179). C'est ainsi que la recherche du consentement d'auditoires divers donne lieu à cette dialectique dont le droit coutumier, et qui se manifeste par les justifications de toute espèce, d'ordre social, moral, économique, politique ou proprement juridique, que les partisans des thèses en présence ne manqueront pas de fournir.

2. La Nouvelle rhétorique comme fondement de l'argumentation juridique

Avant d'aborder les fondements de la « nouvelle rhétorique » perelmanienne, nous soulignons qu'avant d'être un théoricien du droit, Perelman a été un logicien formé à l'école de Gottlob Frege[1]. La remise en cause de sa filiation envers ce dernier est la preuve majeure de l'échec du raisonnement théorique dans le raisonnement juridique. C'est ainsi que le système juridique doit se démarquer des apories des systèmes formalistes. Cela est d'autant plus vrai car la logique du droit se distingue de la logique scientifique en général, dans laquelle la démonstration impose une réponse unique. Pour Perelman, il y a une filiation méthodologique entre le droit et l'argumentation. Cette

[1] Perelman a entrepris ses premières recherches sur Frege auquel il a consacré un mémoire puis une thèse de doctorat de philosophie sur le thème : *Etude sur Gottlob Frege*.

section se décline en deux sous-sections. Dans la première sous-section, nous abordons la question des « contre » dans les doctrines juridiques et dans la seconde sous-section nous abordons la notion de contre-attaque argumentative.

1.1. Contre les doctrines juridiques

Le domaine de l'argumentation est selon Ch. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, (2000, p.2) celui « *du vraisemblable, du plausible, du probable, dans la mesure où ce dernier échappe aux certitudes du calcul* ». Une telle démarche est consubstantielle à la conception rhétorique du « pôle logos » dans laquelle la raison agit en dehors des cadres formels de la science et se pratique en langage naturel. On parle de la rhétorique du raisonnable par opposition au rationnel au sens logique et mathématique. Perelman et Olbrechts-Tyteca se démarquent ainsi de la logique démonstrative et de l'évidence cartésienne pour inscrire l'argumentation dans la perspective d'une logique argumentative informelle, définissant l'argumentation comme « *l'étude des techniques discursives permettant de provoquer ou d'accroître l'adhésion des esprits aux thèses qu'on présente à leur assentiment* ». (Ch. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, 2000, p.5).

Appliquée au droit, la théorie de l'argumentation de Perelman implique que le droit, loin de se réduire à la loi, réside dans le raisonnement et la discussion. D'où le passage graduel de la vérité à l'adhésion. En d'autres termes, dans le champ de l'argumentation perelmanien, la question principale n'est plus la vérité mais l'adhésion. En se substituant à la vérité, l'adhésion permet de rendre compte du caractère progressif de l'assentiment. Perelman est persuadé que le droit n'apparaît pas *ex nihilo*. Bien au contraire, il nait d'un échange argumenté sur un problème particulier. Dans cet élan, l'argumentation joue un rôle de rapprochement des points de vue pour aboutir à un accord.

L'argumentation juridique que déploie Perelman est celle d'un procès dans lequel le juge, après avoir écouté les thèses opposées des deux parties (demanderesse et défenderesse), est amené à exprimer à son tour ses convictions par une décision motivée : « *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* ». (Ch. Perelman, 2012, p.102). Cela signifie que la décision de justice intervient à la suite d'un débat argumentatif.

La théorie de l'argumentation de Chaïm Perelman a été bâtie en opposition des doctrines juridiques traditionnelles plus particulièrement les doctrines positivistes. Précisons avant tout que le positivisme juridique est constitué des théories qui, d'une part, séparent le fait et la valeur et d'autre part, remettent en cause la cause finale, en se voulant être axiologiquement neutres. En effet, le modèle de l'argumentation rhétorique de Perelman est construit en réaction à l'anti-modèle incarné par le positivisme juridique. Le problème crucial d'une telle opposition est lié au rapport entre le droit et la loi. Pour lui, le positivisme propose un rapport tel que tout le droit se résume à la loi et celle-ci est autosuffisante. Ce qui a pour conséquence juridique la limitation des pouvoirs du juge. Dès lors, l'office du juge se limite à l'application mécanique de la loi au cas d'espèce puisqu'aux yeux des positivistes, la loi est exhaustive. Concrètement, cela se traduit par la soumission du juge à la loi, ou encore, du judiciaire au législatif.

Il résulte de cette construction logico-philosophique que le juge ne joue aucun rôle dans l'interprétation de la loi. Cela se justifie dans la mesure où il ne crée pas le droit. En conséquence, le positivisme ne tient pas compte des valeurs qui sont considérées comme arbitraires. Elles sont considérées par S. Goltzberg (2013, p.16) comme « *le lit de l'irrationnel préscientifique* », et donc déraisonnables. En d'autres termes, en réduisant l'office du juge à l'application mécanique de la loi, la raison juridique incarnée par le positivisme substitue le pouvoir judiciaire au « droit tel qu'il devrait être » et non au « droit tel qu'il est ».

Contrairement au positivisme juridique, Perelman confère au pouvoir judiciaire la compétence de combler les lacunes ou de corriger les antinomies de l'ordre juridique. Par-là, le philosophe belge admet donc que le juge est compétent, sinon à le modifier de son propre chef, du moins à contribuer à son élaboration. En clair, Perelman croit à l'inventivité du juge ou mieux son pouvoir prétorien qui se traduit par la dimension créatrice de la pratique jurisprudentielle. En départageant les parties au procès par une décision de justice, le juge peut certes faire recours aux lois, mais il lui appartient de choisir entre les textes disponibles dont il interprète le sens dans l'inclinaison qui lui convient, à la seule condition que la solution retenue soit conciliable avec le droit positif.

Par ailleurs, tout en interprétant la loi, le juge peut faire appel à des règles juridiques non écrites appelées les principes généraux du droit.

Les principes généraux du droit sont aux yeux de Perelman la preuve que le droit ne se réduit pas à la loi comme le prétend le positivisme. Les principes comme la continuité de l'État et du service public, l'égalité, l'état de nécessité, la bonne foi, marquent en réalité le grand retour des valeurs dans la sphère juridique. Dans la trame conceptuelle perelmanienne, la prise en considération de ces principes dans le raisonnement judiciaire est un fait majeur de l'évolution de l'activité judiciaire après 1945. Ch. Perelman (1979, pp. 67-68).

En effet, l'année 1945 marque le retour au procès de Nuremberg, dans lequel le droit naturel impose l'intégration et la répression d'une nouvelle catégorie d'infractions non prévues par les législations en vigueur, à savoir le crime contre l'humanité, punissable en dépit des ordres du Führer, principe fondamental de commandement dans l'ordre nazi, mais surtout en contradiction avec ce qui constitue pourtant un autre principe fondamental du droit depuis la Révolution, la légalité des délits et des peines en vertu de laquelle il ne peut y avoir de crimes ou de délits sans texte légal et aussi du principe de la non rétroactivité des infractions pénales selon lequel, la loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif. Voilà pourquoi, pour le philosophe belge, le juge doit pour chaque litige, rechercher la solution juste et raisonnable afin que la situation de fait dont il est saisi trouve une issue satisfaisante. Dans ces conditions, le raisonnement ne s'organise plus seulement dans les textes écrits mais également à partir des faits et certaines valeurs.

Partant de ces considérations, le juge peut récuser le soupçon d'un pouvoir créateur que l'article 5 du Code civil lui refuse par l'interdiction des arrêts de règlement[1], pour mieux l'exercer sans contrainte. C'est alors qu'intervient ce que O. Ballweg (1978, pp. 257-258) entend par « *rationalité prudentielle* » qui permet dans le même temps de respecter l'article 4 du même Code qui l'oblige à donner une solution juridique au litige, sauf à se rendre coupable d'un déni de justice dont il devrait répondre devant le juge répressif[2]. La compréhension de la pensée juridico-philosophique de Perelman ne peut être comprise qu'à travers cet horizon philosophique de réhabilitation des valeurs.

---

[1] Article 5 du Code civil : « *Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* ».

[2] Article 4 du Code civil : « *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* ».

Les principes généraux du droit viennent ainsi porter un coup dur au raisonnement déductif et légaliste, car désormais on n'applique plus les principes comme des règles. C'est le point de vue défendu par R. Dworkin (1997, pp. 22-23) qui estime que les règles qui ont un champ d'application relativement défini, s'appliquent ou ne s'appliquent pas à une situation donnée, selon un schéma binaire qu'affectionne un certain courant de pensée. Les principes, au contraire, ont un champ d'application potentiel beaucoup plus large et diffus, qui amène souvent plusieurs d'entre eux à une rude concurrence à l'horizon d'un cas singulier. Ils ont, ajoute Dworkin, dans un style newtonien, une force de gravité relative qui tend à attirer plus ou moins la solution du cas dans leur orbite. Ce qui fait dire à Benoît Frydman que « *le juge n'est donc plus l'exécutant d'un système de lois, mais l'arbitre d'un conflit de valeurs, exprimées par des principes, qui appartiennent désormais eux aussi au droit positif et officiellement droit de cité dans les cours et tribunaux* ». (B. Frydman, 2012, pp.229-246). La reconnaissance des principes généraux de droit (PGD) marque ainsi un triomphe décisif de l'approche rhétorico-juridique de Perelman.

1.2. Contre-attaque argumentative

Après avoir critiqué le positivisme juridique comme système de normes clos sur lui-même, Perelman propose une théorie du raisonnement judiciaire de type argumentatif. Pour lui, le juriste doit recourir à des raisonnements étrangers à la démonstration mathématique, car il doit traiter des questions de fait, qui ne peuvent en aucun cas résulter de raisonnements purement formels. Aussi, quand il est question de raisonner en droit, les techniques du raisonnement démonstratif sont insuffisantes. Le rôle de la controverse en droit, d'une part, et la façon dont est organisée la procédure, d'autre part, permettent de comprendre le pour et le contre, et on s'accordera à dire que l'on se trouve devant des techniques de raisonnement qui sont tout à fait détachables des mathématiques.

L'originalité du raisonnement judiciaire résulte du fait qu'on ne se contente pas de déduire mais on argumente. Dans les systèmes juridiques modernes[1], le juge a l'obligation de juger même en cas de silence ou d'obscurité de la loi sous peine d'être poursuivi pour déni de justice. Aussi, il doit motiver sa décision sous peine de voir celle-ci

[1] Depuis l'article 4 du Code civil français de 1804.

faire l'objet d'un pourvoi en cassation. Cette double obligation de juger et de motiver conduit le juge à traiter le droit qu'il est chargé d'appliquer comme un système à la fois cohérent et complet. Pour cela, il doit interpréter le droit de façon, d'un côté, à lever les incompatibilités, voire les contradictions qui pourraient y résulter et, de l'autre côté, à compléter les lacunes que le législateur aurait ignorées à première vue.

Dans sa démarche argumentative, le juge doit motiver sa décision tout en rattachant ses conclusions à des textes en vigueur. Cette motivation n'est pas contraignante puisqu'elle n'est pas le fruit d'un raisonnement purement démonstratif, mais d'une argumentation. Une telle argumentation n'est pas un simple calcul mais l'appréciation de tel ou tel raisonnement. C'est pourquoi Ch. Perelman (1990, p. 696) écrit : « *le juge qui statue, après avoir entendu les deux parties, ne se comporte pas comme une machine, mais comme une personne dont le pouvoir d'appréciation, libre mais non arbitraire, est le plus souvent décisif pour l'issue du débat* ».

C'est sans doute la raison pour laquelle Perelman plaide en faveur de la liberté et l'indépendance du juge car celles-ci constituent un moyen essentiel dans l'administration de la justice. Pour lui en effet, il n'est nullement question ni de corrompre, ni d'apitoyer, ni d'intimider une machine à calculer, mais le juge a un pouvoir de décider et donc une responsabilité corrélative, qu'il peut exercer à bon ou à mauvais escient. Certaines notions de droit comme la charge de la preuve et la présomption d'innocence par exemple sont inconnues en logique formelle. Cela est d'autant plus vrai car en droit, les faits présumés n'ont pas à être prouvés. C'est ainsi que la présomption d'innocence impose la charge de la preuve à celui qui veut la renverser. De même, l'époux de la mère étant présumé être le père de l'enfant, il n'a pas à administrer la preuve de la paternité.

Cela a pour incidence l'inapplicabilité du syllogisme aristotélicien dans le raisonnement judiciaire. C'est ce qui conduit Perelman à plaider pour une logique juridique non formelle. En effet, pour lui, le syllogisme juridictionnel est dangereux dans la mesure où il réduit l'office du juge. Or le droit est une technique et non un art pratique. Pour cela, il est impossible de soumettre le droit à la rigueur des mathématiques, car, dans le droit il y a aussi de l'art et celui-ci se manifeste par la prise en considération d'éléments tenant à la justice et à l'équité, lesquels permettent de prendre des distances avec la rigueur du syllogisme tel qu'il découle de l'approche positiviste. L'art du droit

consiste à confronter les valeurs pour aboutir à une décision. Par conséquent, l'introduction des techniques logiques dans le raisonnement judiciaire est à l'origine de l'insécurité dans le droit, et ce au grand mépris des autres valeurs comme la morale, la vertu de justice, les mœurs, etc. Ainsi, l'application du raisonnement de type syllogistique en droit paraît comme une simple mécanique. C'est ainsi que Perelman défend une conception du droit qui fournit des bonnes raisons au juge dans la prise de décision : c'est ce qu'il appelle « *les raisons bonnes en droit* ».

En remplacement de la logique formelle et du syllogisme juridique qui l'accompagne, Perelman plaide pour une rhétorique juridique authentique, non formelle et proprement rhétorique. En fait, ce qu'il y a de spécifique dans celle-ci, ce qu'elle n'est pas une démonstration formelle, mais une théorie de l'argumentation, qui utilise non des preuves analytiques, qui sont contraignantes, mais des preuves dialectiques dans le sens aristotélicien de cette distinction-visant à convaincre ou, du moins, à persuader le juge, de façon à l'amener à trancher par sa décision une controverse juridique.

Pour Perelman, le juge doit prendre sa décision en toute connaissance de cause. Selon la manière dont il conçoit son office, il accordera le primat à la sécurité juridique, à des considérations de cohérence, aux conséquences sociales de sa décision, à l'équité, c'est-à-dire, à ce que R. Cabrillac (2020, p. 236) considère comme une « *notion qui confère la faculté de modérer ou de suppléer le droit en vigueur en raison des considérations liées à un cas particulier* ». Cela montre que l'approche perelmanienne ne se limite pas à l'analyse des schémas argumentatifs utilisables. Il s'agit, en effet, d'une argumentation qui se développe dans un contexte fondamentalement judiciaire dans lequel le respect des règles de droit est essentiel tant concernant le fond que la procédure. Les sociétés démocratiques imposent une conciliation entre la sécurité juridique, le respect des règles et la recherche de la vérité avec le respect de la personne humaine, la protection des innocents, la sauvegarde des relations de confiance indispensables à la vie sociale. Il s'agit là des préoccupations qui échappent totalement à la logique formelle. Leur champ d'étude est donc la logique juridique conçue comme une logique argumentative. Ch. Perelman (1990, p.645) estime lui-même que ces préoccupations « *font que la logique juridique, logique de la controverse, vise à établir, dans chaque cas d'espèce, la prééminence de l'une ou de l'autre valeur* ». S'il est vrai que la règle de droit est

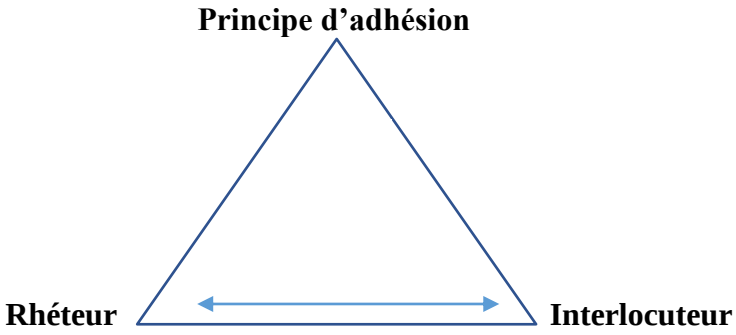
basée sur le principe : « *Dura lex, sed lex* » (la loi est dure, mais c'est la loi), le juge peut néanmoins tenir compte de l'équité pour modérer l'application du droit. Ainsi, si la règle de droit est toujours rigide et impérative, c'est-à-dire automatique, alors la justice pourrait être programmée et rendue par des ordinateurs, non par des juges. Or, certaines règles donnent une marge de manœuvre au juge. Tel est le cas souvent en matière pénale. Autrefois, la loi édictait pour les crimes et délits un minimum et un maximum de peine : par exemple, de deux à cinq ans d'emprisonnement, et cela sauf circonstances atténuantes. À l'état actuel du droit, c'est un maximum qui est édicté, donc une limite supérieure, le juge demeurant libre de doser la peine en fonction des circonstances, donc de l'équité.

2. Nouvelle rhétorique et pragmatique

Etant entendu que l'argumentation juridique vise à obtenir l'adhésion des sujets auxquels elle s'adresse, c'est-à-dire des différents auditoires, il est important de souligner sa nature relative ; car à chaque auditoire conviendrait une attitude spécifique pour prétendre susciter son adhésion. C'est pourquoi, Perelman définit l'auditoire « *comme l'ensemble de ceux sur lesquels l'orateur veut influer par son argumentation* » (Ch. Perelman, 2000, p. 25). Ce qui suppose que dans l'argumentation juridique il y a nécessairement un rapport d'intersubjectivité entre plusieurs esprits représentés par d'une part le rhéteur, et d'autre part par les différents interlocuteurs. C'est ainsi qu'Aristote (1991, 164a) soulignait déjà : *«(…) trois espèces de rhétoriques ; autant que classes d'auditeurs, et il y a trois choses à considérer dans un discours : L'orateur, ce dont il parle, l'auditoire. Le but final se rapporte précisément à ce dernier élément, je veux dire l'auditoire. »*

Cette relation d'intersubjectivité entre rhéteur-interlocuteur(s) sous-tend un troisième élément qu'est le principe d'adhésion qui semble être la pièce maîtresse de l'argumentation juridique. Ainsi, nous pouvons représenter ce processus argumentatif sous la forme triangulaire où sur les deux bases il y aurait le rhéteur et les interlocuteurs ou les différents auditoires, et au sommet il y aurait le principe d'adhésion. Le principe d'adhésion est donc la pierre angulaire de la « Nouvelle rhétoritique » chère à Perelman. Il peut bien avoir d'une part un orateur et d'autre part un ou des interlocuteurs, la finalité de toute argumentation est l'accord entre les différentes parties en discussion. C'est pourquoi Perelman incite tout

orateur à œuvrer dans la mesure du possible en faveur d'une adaptation à son auditoire. Sans cette adaptation, l'argumentation peut ressembler à un dialogue de sourds. Cet effort d'adaptation vise à susciter l'accord ou l'adhésion entre les parties. Cette adhésion vise non pas seulement la recherche de la vérité, même si dans le corpus perelmanien c'est le vraisemblable qui est prioritaire par rapport au vrai ; mais elle vise les valeurs, c'est-à-dire « des repères moraux admis par une société donnée, jouant à peu près le rôle des axiomes et des théorèmes en mathématiques ». (J-J. Robrieux, 2015, p.207). L'adhésion des différents auditoires dépend donc des différentes valeurs à rechercher, qui ne sont autres que des principes moraux ou des variables relatives à une époque donnée.



Ce que nous voulons souligner ici c'est la dimension à la fois humaine et pragmatique de l'argumentation juridique. Si dans la dimension humaine il est question de développer des tendances liées à la culture du débat autour de la condition humaine, ce qui prouve que la décision du juge n'est pas rigide par rapport aux règles juridiques, mais elle s'adapte en fonction des circonstances. C'est ce qui a suscité l'admiration d'Emmanuelle Danblon lorsqu'elle estime que « *la rhétorique est l'une des grandes expressions de la culture humaine comme prolongement de sa nature. Dans cette perspective, l'exercice de la rhétorique est à la fois le propre de l'homme et une condition de son humanité* ». (E. Danblon, 2013, p.10).

Cependant, la dimension pragmatique de l'argumentation juridique peut se comprendre dans la quête de la vérité. Même si au départ il est question de chercher la manifestation de la vérité, ce que l'on retrouve semble être non pas la vérité mais le vraisemblable, tel que le souligne Maguessa Ebomé :

> L'objet et la finalité de la nouvelle rhétorique sont à rechercher entre cette quête du vraisemblable proclamée par Aristote et ce désir ardent d'une nouvelle philosophie qui doit répondre aux dérives de la Raison qui traverse toute la modernité. Ainsi, la nouvelle rhétorique est la construction du vraisemblable comme mode d'être de la raison dans les affaires humaines. Une raison qui se réalise à partir de l'adhésion. (G.Th. Maguessa Ebomé, 2013, p.160)

Conclusion

Au sortir de cette réflexion sur la question de l'argumentation juridique chez Chaïm Perelman, on y retient que la théorie perelmanienne du droit se fonde sur l'héritage aristotélicien. C'est justement l'entreprise aristotélicienne qui l'a incité à entreprendre et promouvoir ce qu'il appelle la « nouvelle rhétorique ». Ainsi, Perelman a contribué à dépasser la rhétorique classique inspirée de Cicéron et de Quintilien. Avec Perelman, il ne s'agit plus d'une rhétorique spéculative mais plutôt d'une rhétorique pratique, c'est-à-dire, une rhétorique de l'argumentation, une nouvelle rhétorique inspirée de la logique juridique. L'apport de Perelman a donc été décisif dans les recherches sur les normes, les manières, les techniques de l'argumentation. Ses recherches sont révolutionnaires dans la mesure où Perelman fait de la rhétorique l'affaire de tous, c'est-à-dire la rhétorique n'est plus une technique réservée aux seuls orateurs, mais elle devient une technique commune à tous les domaines, en particulier au domaine juridique. C'est pourquoi on parle de l'argumentation juridique. Cette étude nous a permis d'analyser en profondeur cette notion et de comprendre que le raisonnement du juge ne repose pas exclusivement sur un système axiomatique, mais sur la capacité du juge à persuader son auditoire.

Références bibliographiques

ARISTOTE, 1991, *Rhétorique,* traduction française. Médéric Dufour, Paris, Les Belles Lettres.

BALLWEG Ottmar, « La rationalité prudentielle », in LENOBLE Jacques et OST François, 1978, *Formes de rationalité en droit,* Archive de philosophie du droit, Paris, Sirey.

CORNU Gérard, 1992, *Vocabulaire juridique*, Paris, 3e édition, PUF.

DANBLON Emmanuelle, 2013, *L'Homme rhétorique. Culture, raison, action,* Paris, Cerf, Collection Humanités.

FRYDMAN Benoît et MEYER Michel, 2012, *Chaïm Perelman (1912-2012). De la nouvelle rhétorique à la logique juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, coll. « L'interrogation philosophique ».

GOLTZBERG Stefan, 2013, *Chaïm Perelman. L'argumentation juridique*, Paris, Michalon, coll. « Le Bien commun ».

JOUANNET Emmanuel, 2008, *La motivation ou le système de la boite noire, décisions des juridictions internationales*, Paris, Editions A. Pedone.

MAGUESSA EBOMÉ Thierry Ghislain, 2013, « Sur les chemins de Perelman », *in Penser l'épistémo-logique. Hommage à Charles Zacharie Bowao*, sous la direction de Marcel Nguimbi, Paris, L'Harmattan, pp.155-172.

MALINVAUD Philippe, 2008, *Introduction à l'étude du droit,* Paris, LexisNexis.

PERELMAN Chaïm, 1979, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz.

PERELMAN Chaïm, 1990, *Ethique et droit*, Bruxelles, ULB.

PERELMAN Chaïm et OLBRECHTS-TYTECA Lycie, 2000, *Traité de l'argumentation. Nouvelle rhétorique*, Bruxelles, ULB.

PORTALIS Jean-Etienne-Marie, 1989, « Discours préliminaire sur le projet du Code civil », *Discours et rapports sur le Code civil*, Centre de philosophie politique et juridique, Caen.

RIGAUX François, 1986, « Juge, ministre du sens », in *Justice et argumentation. Essais à la mémoire de Chaïm Perelman*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, pp. 89-95.

REBOUL Olivier, 1995, *Introduction à la rhétorique, Théorie et pratique*, Paris, PUF.

VANNIER Guillaume, 2001, *Argumentation et droit. Introduction à la Nouvelle Rhétorique de Perelman*, Paris, PUF.