

LA RHÉTORIQUE JURIDIQUE

Marie-Anne Frison-Roche

C.N.R.S. Editions | « *Hermès, La Revue* »

1995/2 n° 16 | pages 73 à 83

ISSN 0767-9513

ISBN 2271053439

Article disponible en ligne à l'adresse :

<https://www.cairn.info/revue-hermes-la-revue-1995-2-page-73.htm>

Pour citer cet article :

Marie-Anne Frison-Roche, « La rhétorique juridique », *Hermès, La Revue* 1995/2 (n° 16), p. 73-83.

Distribution électronique Cairn.info pour C.N.R.S. Editions.

© C.N.R.S. Editions. Tous droits réservés pour tous pays.

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

LA RHÉTORIQUE JURIDIQUE

Naguère les juristes repoussaient avec horreur l'idée d'une rhétorique juridique : procédé d'avocat, coupable séduction, art du mensonge, absence lamentable de rigueur !

Cela tenait notamment au fait que jusqu'à il y a peu, le droit s'est piqué non seulement d'être un objet d'étude scientifique mais encore d'être lui-même une science¹. En effet, le droit présenté comme un art rejetait les juristes dans l'imprécision et le faux-semblant, évoquait l'image de l'artiste roué travestissant la réalité tandis que le droit défini comme une science flattait l'homme d'ordre qu'est essentiellement le juriste et lui permettait de jouer dans la grande cour de ceux qui ont la vérité pour eux.

L'engouement des juristes pour la logique formelle

Aussi la logique formelle s'est-elle aisément imposée, pour ces premières raisons, éléments de psychologie collective, tenant aux stratégies de pouvoir du corps social solidement constitué des juristes. Ces derniers raisonnaient avec la précision, voire l'infailibilité, des scientifiques. Ils s'effaceraient alors devant une déduction opérée à partir des lois, raisonnement qui ne les engage pas puisqu'ils se contentent d'en être les agents sans en être véritablement les auteurs. En effet, par la logique formelle, le juriste ne dispose ni de la règle de droit, qui lui est fournie en

majeure par le système juridique, ni des faits, qui lui sont donnés en mineure par les parties qui en font état et en prouvent la véracité, ni de la solution découlant univoquement du raisonnement de logique formelle. Le jugement est bon dès lors qu'il est valide. Ainsi la vérité se consume dans la validité et nul reproche de fond, quant au contenu de la solution dégagée, ne peut être fait au juriste. Un procès d'intention ne peut en effet être mené contre qui ne peut avoir logiquement d'intention ni d'état d'âme. Le juriste sort donc toujours indemne du mécanisme de réalisation d'un droit positif qui coule ainsi entre ses mains.

Sans aller jusqu'à l'image très sombre qu'en donne Pierre Bourdieu (1986 et 1991), en les définissant comme les « gardiens hypocrites de l'ordre hypocrite », on conçoit que les juristes aient été attirés par cette image perçue, par une profession souvent brocardée, comme la plus flatteuse, liée aux modèles du scientifique et de l'expert.

Cet attrait pour la logique formelle s'explique aussi pour des raisons théoriques. En effet, le droit a été fortement influencé par les idées d'Hans Kelsen, telles que brillamment traduites et diffusées par le professeur Charles Eisenmann. Il s'agissait d'imposer une « *théorie pure du droit* ». Pour cet auteur, le droit s'est un temps imbibé d'autres choses que lui-même, de valeurs morales et religieuses notamment, impliquant l'homme de droit et rendant bien incertaines et contestables ses décisions. Or, le droit ne doit être que le droit. Il deviendra ainsi pur. En cela, il sera irréprochable. Il convient donc d'en avoir une conception formelle et de récuser toute pertinence méthodologique à son contenu, allègement qui serait le signe du progrès du système juridique.

Dès lors, la création d'une norme juridique doit se présenter selon le modèle suivant. Celui qui a le pouvoir d'édicter du droit désigne une situation de fait présentée abstraitement : par exemple, *un individu cause à autrui un dommage*. Il y attache un effet juridique : par exemple, *l'auteur du dommage doit le réparer au profit de la victime*. Naît ainsi une règle de droit : par exemple, l'article 1382 du Code civil disposant que *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*. Il s'agit donc d'une imputation, née du pouvoir souverain de celui qui dit le droit objectif. Il n'a à justifier d'aucune causalité extérieure, qui aurait pu être, par exemple, la nécessité de sanctionner les fautes, parce que c'est mal, ou la nécessité de réparer les dommages, parce qu'il faut protéger les victimes.

Cependant les règles de droit sont établies en système et doivent se plier à une règle de cohérence, gage de sécurité juridique et de protection des personnes. Mais cette cohérence, dans cette théorie, ne peut se concevoir au regard de valeurs substantielles communes, morales ou politiques, que le droit positif aurait eu pour mission de mettre en œuvre, sauf à se dévoyer. L'harmonie du système juridique est obtenue elle aussi d'une façon formelle et extrinsèque, grâce à une hiérarchie des normes, présentée par l'auteur selon l'image célèbre de la pyramide. Ainsi une norme sera correcte, non pas par l'examen satisfaisant d'un contenu dont le choix n'a pas à être justifié en tant que tel, mais lorsqu'elle sera conforme à la norme hiérarchiquement supérieure. Il s'agit d'un système de pure validité. Ainsi le décret doit-il être légal et la loi conforme à la Constitution. Cette Constitution est la norme fondamentale, extérieure au système

et a-juridique, apte à le fonder. L'effectivité du contrôle s'est concrétisée par l'établissement et l'activité grandissante du Conseil constitutionnel.

Cette sorte d'externalité dans l'appréhension du phénomène juridique, sans examen de contenu à une autre aune que la conformité à la norme supérieure, met en valeur l'automatisme du système juridique, qui en fait la spécificité et le gage de sa performance. En cela, les théories très en vogue de l'*autopoïèse* juridique s'appuient sur la même conception d'un mouvement interne, autonome et neutre, des règles de droit entre elles (Teubner, 1993).

Dans un tel paysage théorique, la logique formelle trouve naturellement sa place. Superbe machine qui fonctionne par déduction, sans discussion et sans hésitation. On apprend aux étudiants de première année de droit que le raisonnement juridique, qui se résume dans le raisonnement judiciaire, se présente sous la forme du syllogisme. On opère usuellement une première réduction de la logique juridique à la logique du seul juge, avant que, dans un second temps, son propre raisonnement ne soit ramené à une application formelle de la règle de droit générale et abstraite au cas particulier et concret.

Le législateur a en effet une souveraineté qui lui permet de ne pas se soumettre à une logique qui l'aliénerait : la cause de la loi tient dans la pure volonté du législateur (Bastit, 1990). Il convient de la scruter, notamment par une interprétation exégétique, pour en dégager le sens et s'y plier, ce qui n'exclut d'ailleurs pas le sens critique (Rémy, 1985). Il ne peut exister de logique législative engluant le législateur dans une chaîne de causalité et par une considération déplacée des conséquences. Le législateur ne s'abaisse pas à plaire, ni à convaincre les destinataires de la loi qu'il édicte et qui les contraignent de ce seul fait. C'est pourquoi, à première vue, la logique juridique, qu'elle soit formelle ou rhétorique, n'est que la logique judiciaire³.

La restauration de la logique rhétorique par Chaïm Perelman

Cette façon de voir les choses sans aspérité aucune, par un rétrécissement concentrique du raisonnement, permit au droit de singer un certain temps une idée archaïque de la science, alors que, dans le même temps, cette dernière reconnaissait une place prépondérante à l'argumentation. Mais de toutes ces idées préconçues, il fallut rendre raison. On s'y résigna grâce aux vérités assénées aux juristes par le philosophe Chaïm Perelman, qui restitua sa pertinence à la question du contenu des normes et des décisions de justice qui les appliquent à des faits litigieux. Perelman a consacré l'essentiel de ces travaux à étudier la logique des jugements de valeur⁴ puis plus précisément la logique juridique⁵. Non seulement, cet auteur établit que la logique formelle n'était ni une exclusive ni une panacée, mais il démontra que, loin d'être un expédient, la rhétorique était la logique judiciaire par excellence. Sa démarche permet ainsi une « *logique des jugements de valeur qui ne fasse pas dépendre ceux-ci de l'arbitraire de chacun*⁶ ». Le formalisme pouvait être récusé, par la considération de la teneur des règles, du contexte et des

personnes impliquées, sans sombrer dans le relativisme, grâce à la méthode imposée. C'est la même ambition qu'Henri Motulsky visait à satisfaire lorsqu'il chercha à préciser les « *principes de réalisation méthodique du droit* ». (Motulsky, 1948). Cependant ce dernier auteur entend réconcilier formalisme et valeur en imposant une méthode au juge afin de mieux conserver la supériorité de la loi sur le jugement tandis que Perelman affirme l'opportunité d'une dépossession du législateur au profit du juge. En cela, il rejoint la pensée de Michel Villey.

Il s'agit donc de déterminer la méthode par laquelle le juge aboutit, à partir de prémisses vraisemblables, à un jugement équitable et acceptable parce qu'il est raisonnable. Evoquant Aristote qui répertoria les éléments de rhétorique à partir de la figure du plaideur, Perelman remet à l'ordre du jour une logique « dialectique » construite sur l'argumentation. Il ne s'agit certes pas de ravir l'interlocuteur par magie ou tromperie mais, quittant le dogmatisme formel sans tomber dans la sophistique, de mettre au point les raisonnements raisonnables établis notamment en considération du contexte. Ainsi, « *le raisonnement judiciaire vise à dégager et à 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 un moment donnés* ».

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. C'est donc en premier lieu, chronologiquement et logiquement, à partir des faits, et aussi de certaines valeurs, et non des textes juridiques, que le raisonnement s'organise. Les faits édifiés en thèses sont construits par les parties afin de mieux convaincre le juge du bien-fondé de leur prétention et de leur dénégation. Le juge a certes recours aux lois pour y répondre par une solution juridique mais il choisit entre les textes disponibles, dont il interprète le sens dans l'inclinaison qui lui convient. Il suffit que la solution retenue soit conciliable avec le droit positif en vigueur. De plus, le juge mène ces sources formelles de règles juridiques non écrites, tels les principes généraux.

Ces derniers sont un des moyens les plus puissants du pouvoir prétorien en raison précisément de la présentation rhétorique que la jurisprudence en fait. En effet, les principes généraux, présentés comme immanents, croisant le plus souvent la catégorie de ces droits de l'homme qui satisfont dans un système laïc l'aspiration au sacré et donnent un fondement subjectif à l'ensemble, sont censés n'être pas constitués par le juge mais « déclarés » par lui⁸. Le juge peut ainsi récuser le soupçon d'un pouvoir créateur que l'article 5 du Code civil lui refuse par l'interdiction des arrêts de règlement⁹, pour mieux l'exercer sans contrainte. C'est alors la « rationalité prudentielle¹⁰ » qui lui permet dans le même temps de respecter les exigences de 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 répressif¹¹.

Ainsi l'argumentation est la technique tant de l'établissement des faits que de l'application du droit. Mais Chaïm Perelman ne remet guère en cause cette *summa divisio* du système juridique qu'est la distinction du fait et du droit, même s'il les fait s'entrelacer là où la logique formelle les faisait se succéder.

Or, l'application du droit au fait, par laquelle les règles se concrétisent et les litiges se dénouent, n'est possible que si le droit et le fait peuvent trouver des points de contact. Cela conduit à mettre en question la distinction même¹². On peut penser que cette dernière ne désigne que différents temps dans le traitement d'une même réalité et non deux réalités essentiellement différentes. En effet, la règle de droit, dans sa formulation, désigne d'abord une situation de fait présentée d'une façon abstraite avant de pouvoir lui imputer un effet de droit. Ainsi les multiples et toujours inédites¹³ situations de fait sont subsumées sous la règle de droit. Au cours du procès, c'est par des techniques probatoires qu'une correspondance naît entre les faits concrets de l'espèce et les faits abstraits de la règle (Motulsky, *id.*, 1948). Ces « retrouvailles » permettent alors au juge de reconnaître une analogie entre le fait concret et la partie qui débute structurellement la règle de droit.

Cette sorte d'effort du droit pour reconnaître dans les faits particuliers celui qu'il a abstrait pour mieux le régir rencontre le mouvement que le fait opère vers le droit par le mécanisme juridique de la qualification. Cette dernière consiste à faire entrer le fait particulier dans une catégorie juridique à laquelle est attaché un régime juridique qui trouve ainsi à s'appliquer pour que le litige soit enfin dénoué par une solution adéquate.

Par exemple, *A.* donne de l'argent à *B.* pour avoir une voiture que ce dernier avait et dont il cherchait à se défaire, tandis qu'*A.* voulait un véhicule pour partir en vacances. Mais *B.* ne veut plus donner la voiture. La qualification permet d'appeler l'opération « vente » et de donner à *A.* et à *B.* les qualités juridiques respectives d'acheteur et de vendeur. Les faits subissent une opération d'abstraction d'où découle l'observation qu'un vendeur refuse d'honorer son obligation de délivrance de l'objet vendu. Les articles 1604 et suivants du Code civil qui encadrent l'obligation de délivrance du vendeur seront alors les règles de droit applicables aux faits particuliers et concrets. Chacune de ces opérations qui permettent que se rejoignent fait et droit pour que le jugement s'opère s'organise grâce à la rhétorique mise en scène par le procès.

En effet, la rhétorique prend place d'une façon privilégiée dans le débat contradictoire par lequel les parties s'affrontent¹⁴. Elle y est proprement délibérative et « la décision est matière à débat » (Starobinski, 1986). En outre, dans un État de droit, la lutte entre des personnes ordinaires ne peut prendre que la forme agressive de la parole dans une enceinte judiciaire (Thévenot, 1992). La rhétorique est encore un mode d'apaisement des litiges, par la transposition langagière qu'elle impose. Les effets de manche sont les seuls gestes autorisés lors d'une procédure, laquelle marque le début et la fin de la rhétorique judiciaire.

L'on a pourtant fait observer qu'il était douteux que la logique judiciaire ne débute que par la discussion de la représentation des faits et de leur soumission au droit. En effet, avant de s'opposer, il faut se mettre d'accord sur quoi l'on va se disputer. Ainsi la logique judiciaire a pour enjeu majeur la détermination de la question à débattre, ce que le Nouveau Code de procédure civile désigne comme « les termes du litige » dans son article 4.

Michel Meyer (1985) estime en conséquence que la « problématologique » est la forme la plus achevée de la rhétorique juridique¹⁵. On ne construit des discours et ne déclame des

plaidories qu'en perspective d'une question posée en amont. Le véritable débat porte ainsi sur la détermination du problème juridique, social, humain, qui est en jeu dans le procès. Les argumentations qui s'y accrochent se déroulent ensuite par une quasi-mécanique, selon les intérêts qu'il s'agit de défendre. Le procès lui-même se définit comme l'expression d'un accord sur un désaccord. Il convient d'ailleurs de ne pas sous-estimer la place que Perelman fait à de semblables ententes, qui rendent justement praticable la rhétorique et l'empêchent, par la bonne foi qui les sous-tendent, de sombrer dans la sophistique. Mais ce schéma correspond cependant davantage à la procédure anglo-saxonne¹⁶, construite sur le mode de l'accusatoire, et reflète moins fidèlement la procédure continentale, laquelle n'ouvre « le champ de l'argumentation » qu'ultérieurement.

Un fois le procès ouvert, c'est par le contact conflictuel des deux thèses que le juge, tiers impartial et bénéficiaire de la dialectique dont il constitue le troisième terme, va dégager la solution raisonnable. Il a d'ailleurs en charge d'organiser la discussion, même s'il convient qu'il n'y prenne pas part. C'est pourquoi il est étonnant que Perelman, si soucieux de dénoncer le discours souvent totalitaire de la logique formelle et de traduire fidèlement la réalité judiciaire, n'ait pas jugé nécessaire, ni même opportun, d'élaborer en contrepoint une véritable théorie du procès¹⁷.

En effet, l'argumentation s'insère dans un échange d'affirmations déformant les faits, par leur représentation orientée, et le droit, par son évocation tendancieuse. C'est l'opposition des thèses qui les neutralise. La rhétorique s'identifie alors au principe processuel du contradictoire qui impose le débat entre les parties, le droit pour chacun d'y participer, d'y être assisté, d'avoir le temps de répondre en contestant les éléments susceptibles de lui nuire. La logique juridique formelle pourrait s'accommoder d'un juge solitaire et les droits de la défense entraveraient alors la justice plus qu'ils ne l'épaulent, mais la logique juridique dialectique ne peut faire l'économie d'un procès dans lequel se développe comme un parfum le débat dialectique (Frison-Roche, 1994, p. 199 s).

Au-delà, le jugement devient lui-même une technique rhétorique puisqu'il n'est raisonnable que dans la mesure où il est acceptable. Le jugement est argumentatif¹⁸. Perelman admet ainsi que « *comme il s'agit de rendre les décisions de justice acceptables, le recours aux techniques argumentatives devient indispensable* » (1979, *op. cit.*, p. 137). Cela tient à l'observation que, dans une logique formelle, le jugement découlant sans hésitation d'une loi ne souffrant la concurrence ni d'autres textes ni d'autres sens, il bénéficie transitivement de la légitimité juridique *a priori* de la loi. Mais dans une logique argumentative, où le vraisemblable prend le pas sur la vérité, s'il ne la déboute, le raisonnable supplée la raison. L'acceptable devient le gage de la justice : le jugement doit gagner sa légitimité et convaincre ses destinataires.

On peut alors apprécier d'une nouvelle façon le syllogisme juridique formel auquel on reconnaît les décisions de justice les plus importantes, les arrêts de principe. Ces derniers exposent d'une façon lapidaire la règle de droit dans un visa, rappellent les faits de l'espèce et, sans prendre le temps de noter les argumentations des parties, en déduisent la solution.

Pourtant, c'est souvent à propos des questions juridiques les plus controversées que ce type de décision est rendu. On observe alors que le modèle syllogistique, si net, clair et indiscutable, est la forme la plus achevée de la rhétorique... En effet, on ne peut qu'adhérer à l'incontestable, et l'auditoire aurait mauvaise conscience à se révolter contre la mathématique !

C'est pourquoi l'auditoire est une notion essentielle dans la logique dialectique telle que dégagée par Perelman. C'est à lui que s'adresse la motivation du jugement. L'auditoire qui attestera la justesse de la décision de justice par la bonne réception qu'il en fera se décline en cercles concentriques : les parties au procès, les personnes qui assistent à l'audience ou prennent connaissance du jugement, les professionnels du droit, le groupe social concerné par la décision, le corps social en son entier. Enfin, Perelman se réfère à un « auditoire universel » qui, incarnant la raison, admet par reflet le caractère raisonnable, donc acceptable, du jugement. Ainsi la puissance juridique du juge ne trouve de limite que dans le corps social.

Perelman assoit donc le pouvoir créateur d'un juge qui tient entre ses mains la vertu de justice, la loi n'étant pour lui qu'un moyen rhétorique parmi d'autres. Mais l'on peut alors observer que toute décision qui ne recevra pas l'aval du groupe social sera rejetée et méritera le qualificatif d'injuste. Dès lors, le jugement ne peut que refléter le « sentiment juridique » de la société à un moment donné (Zénati, 1991). La jurisprudence se voit ainsi nier une nouvelle fois sa puissance créatrice de règles de droit, non plus par un pouvoir législatif exclusif dont il ne serait « que la bouche », selon le vœu de Montesquieu, mais par un pouvoir social spontané qui l'aliène tout autant. Cela suppose la clairvoyance mais aussi la vertu du corps social, marque, chez l'auteur qui l'affirme, d'un optimisme rationaliste¹⁹. Perelman passe ainsi du *Charybde* du normativisme au *Scylla* d'un sociologisme que Michel Villey lui reprochait. Dès l'instant que la justice s'impose pour mission de s'ouvrir à la cité qu'elle a le pouvoir de régir, rhétorique juridique et démagogie se profilent comme un couple menaçant et la cité et la justice.

De la logique judiciaire à la logique législative

Perelman préférerait sans doute faire incliner le juge vers le corps social dans une rhétorique qui le libère de la loi, en raison de la suspicion qu'il éprouvait à l'égard d'un législateur trop enclin à rendre droit positif des aspirations partisans. Mais l'on peut tout aussi bien se méfier du juge et refuser son « gouvernement ». Dès lors, plutôt que de transférer d'une façon presque intuitive le pouvoir créateur du législateur au juge, pourquoi ne pas exiger d'un législateur qu'il rende lui aussi des comptes ? Plus encore, l'établissement d'une logique juridique, et non plus seulement judiciaire, cessant de traiter distinctement le législateur et le juge ou de les hiérarchiser dogmatiquement, mais se construisant sur un dialogue entre les sources du droit, ne serait-elle pas plus fidèle et plus opératoire dans l'état de notre système juridique ?

En effet, le législateur doit emprunter aujourd'hui de nouvelles « figures de la légalité »

(Morand, 1993). Ayant politiquement perdu son autorité juridique *a priori*, la loi tient elle aussi sa légitimité de sa capacité à convaincre ses destinataires, à travers la notion habermasienne d'« espace public », faute de quoi les justiciables ont les moyens pratiques de s'y soustraire, par la fraude notamment. Si la loi campe sur son autorité formelle, elle ne pourra que se compliquer, que s'alourdir et s'encombrer de multiples procédures et pénalités dont l'entassement ne ferait qu'accroître l'inefficacité. La rhétorique est alors le mode de construction du discours législatif, comme elle l'est du discours judiciaire, comme elle l'est du discours des personnes intéressées.

Mais le corps social, destinataire final des lois, et les magistrats, corps intermédiaire au sens propre du terme, sont aujourd'hui rétifs. Cette tension entre loi et juge est aujourd'hui patente, le juge ne réduisant plus le droit à la loi et entendant faire plier chacun devant le premier, s'agirait-il des individus mêmes ayant voté la loi. Le prestige de la loi ne suffit plus à emporter leur conviction et la loi doit s'ouvrir davantage. Ainsi, les déclarations de principes, jadis contenues dans les travaux préparatoires et les exposés des motifs, ouvrent les lois dans des articles premiers qui promettent bien des lendemains qui chantent. Par exemple, la loi du 25 janvier 1985 assigne au droit des défaillances d'entreprise qu'elle organise le soin de redresser les entreprises et de maintenir l'emploi. Elle fut en conséquence l'objet de bien des espérances. Revers de la médaille, son peu d'effet entraîne aussi sa réforme : l'effet rhétorique éventé se retourne contre l'habile législateur, sauf à ce qu'il assume expressément l'incertitude de son dispositif, en se limitant à procéder par expérimentations successives²⁰. Mais la loi du 10 juin 1994 modifiant les textes, dans une sorte de surenchère rhétorique, ne fait qu'accroître l'incohérence des mécanismes en concrétisant les promesses incompatibles entre elles faites aux différents lobbies intéressés²¹.

Le législateur doit non seulement promettre, voire tenir..., mais il doit aussi s'expliquer. L'obligation de justifier s'impose à lui : il doit indiquer ce pour quoi il emploie son pouvoir normatif et la méthode téléologique devient d'excellence. Le droit communautaire l'adopte tant dans les textes que dans les décisions de justice. Il est significatif qu'à cette échelle s'impose ce que l'on appelle « *la règle de raison* », admettant qu'une situation contraire à l'impératif d'un texte soit néanmoins soustraite à son empire si elle n'a pas contrarié ses objectifs. Ainsi la raison juridique tient-elle désormais non à la lettre, non à l'esprit, mais à l'effet des lois, renversement de l'ordre logique des choses que le droit européen appuie par cette expression redondante d'« effet utile ».

Ainsi, loi et jurisprudence sont-elles les mêmes débitrices du tyrannique consommateur de droit qu'est le corps social. Elles doivent donc s'épauler pour développer un discours suffisamment cohérent et argumenté pour asseoir *a posteriori* une commune légitimité. L'heure est alors à la « *dialogique* »²² entre les différentes sources du droit afin d'entraîner la conviction des personnes qui, malgré le rôle de soumission qui leur est assigné par le système, finissent par le commander.

NOTES

1. Voir, par exemple, Ch. Atias, *Epistémologie juridique*, Paris, P.U.F. (coll. « Droit fondamental »), 1985 ; et l'ouvrage collectif "Philosophie et épistémologie juridiques", *Revue de Synthèse*, n° 118-119, Albin Michel, 1985.
2. Rééd. 1992.
3. Colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires, *La Logique judiciaire*, PUF, 1969.
4. Voir en particulier : *Justice et Raison*, Editions de l'Université Libre de Bruxelles, 2ème éd., 1972.
5. On consultera notamment avec profit : *Rhétorique et philosophie* (P.U.F., 1952) ; *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, en collaboration avec L. Olbrecht-Tyteca, (Ed. ULB, 1983) ; *L'Empire rhétorique* (Vrin, 1977) ; *Logique juridique. Nouvelle rhétorique* (Dalloz, 1979) ; *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique* (L.G.D.J., 1984).
 Parmi les articles, on peut se reporter à : « Droit, logique et épistémologie », in *Le Droit, les sciences humaines et la philosophie* (Vrin, 1973) ; « L'interprétation juridique », in *L'Interprétation*, Archives de philosophie du droit, t. 17, (Sirey, 1972) ; « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », in *Formes de rationalité en droit*, Archives de philosophie du droit, op. cit., t. 23, 1978.
 À propos de Ch. Perelman, on peut consulter L. Husson, *Réflexions sur la théorie de l'argumentation de Ch. Perelman*, Archives de philosophie du droit, 1977, p. 435 s. ; G. Haarscher, « La Philosophie du droit et la "Nouvelle rhétorique" » in *Philosophie et épistémologie juridique*, préc., p. 219 s. et *La Rhétorique de la raison pratique*, Revue internationale de philosophie, n° 127-128, 1979 ; sous la direction d'A. Lempereur, *L'Homme et la rhétorique*, Klincksieck, 1990 ; *De la Métaphysique à la rhétorique. Essais en hommage à Chaïm Perelman*, éd. de l'Université de Bruxelles, 1986 ; *L'influence de Chaïm Perelman sur la philosophie et les sciences humaines*, Congrès 17-19 oct. 1991, repris sous le titre *Chaïm Perelman et la pensée contemporaine*, Bruylant, 1994.
6. *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, op. cit., n° 49, p. 101.
7. *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, op. cit., n° 71, p. 135.
8. Voir, par ex., Conseil constitutionnel, *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et la jurisprudence*, P.U.F., (coll. « Recherches politiques »), 1989.
9. 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 ».
10. Cf. O. Ballweg, « La rationalité prudentielle », in *Formes de rationalité en droit*, op. cit., p. 257 s.
11. Article 4 du Code civil : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».
12. Voir, par exemple : A. Giuliani, « Le rôle du fait dans la controverse », in *Le procès*, Archives de philosophie du droit, T. 39, 1994, p. 229.
13. Ch. Atias, *Juris dictio : redire l'inédit*, D. 1992, p. 281 s.
14. Cf. M.-A. Frison-Roche, « 2 + 1 = la procédure », in W. Baranès et M.-A. Frison-Roche (ss la dir. de), *La Justice*, 1994 (v. biblio.).
15. Cf. *Problématique : pour une rhétorique de la raison*, Revue internationale de philosophie, 1985/4 ; *De la*

- Problématique* (Mardaga, 1986). Voir aussi A. Lempereur, « Problématique du droit », in *L'homme et la rhétorique*, op. cit., p. 213 s.
16. Voir, notamment, les exemples développés par G. Barden, « Le dialogue qu'est la "Common law" », in *Dialogue, dialectique en philosophie et en droit*, Archives de philosophie du droit, préc., t. 29, 1984, p. 95 s., spéc., p. 98 s.
 17. G. Haarscher, « Le procès chez Perelman », in *Le procès*, Archives de philosophie du droit, préc., p. 201 a.
 18. A. Lempereur, « Argumentation juridique : de l'avocat au juge », in *Argumenter II*, C.N.D.P., 1990.
 19. Voir l'extrait d'un *Discours sur l'éloquence*, écrit anonymement avant la réunion des États généraux, reproduit par J. Starobinski, préc., p. 458 : « La nation en corps est à la fois le juge le plus ardent et le plus flexible : elle aime à être fortement émue et préfère les clartés éblouissantes de l'imagination à la douce et paisible lumière de la raison. La liberté de l'orateur "flatte" la sienne ».
 20. Sous la direction de Ch.-A. Morand, *Expérimentations législatives et lois expérimentales*. P.U.A.M., 1993.
 21. Cf. M.-A. Frison-Roche, « La cohérence de la loi nouvelle », in *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, Paris, Dalloz (à paraître).
 22. F. Jacques, *Dialogiques (recherches logiques sur le dialogue)*, 1979 ; « Dialogue exige : communicabilité et dialectique », in *Dialogue, dialectique en philosophie et en droit*, Archives de philosophie du droit, préc., p. 7 s.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- BASTIT, M., *Naissance de la loi moderne*. Paris, P.U.F. (coll. « Léviathan »), 1990.
- BOURDIEU, P., *La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique*, Actes de la recherche en sciences sociales, n° 64, 1986, p. 3 s.
- « Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective », in *Normes juridiques et régulation sociale*, L.G.D.J. (coll. « Droit et société »), 1991, p. 95 et s.
- FRISON-ROCHE, M.-A., « 2 + 1 = la procédure », in W. Baranès et M.-A. Frison-Roche (ss la dir. de), *La Justice*, Paris, Autrement (coll. « Morales »), 1994, p. 199 s.
- « La cohérence de la loi nouvelle », in *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*. Paris, Dalloz (à paraître).
- JACQUES, F., *Dialogiques (Recherches logiques sur le dialogue)*. Paris, P.U.F., 1979.
- LEMPEREUR, A., *L'Homme et la rhétorique*. Paris, Klincksieck, 1990.
- MEYER, M., « Problématique : pour une rhétorique de la raison », *Revue internationale de philosophie*, n° 4, 1985.
- *De la problématique*. Bruxelles, Mardaga, 1986.
- *Questions de rhétorique*. Paris, Le Livre de Poche, 1993.
- MORAND, Ch.-A., *Les Figures de la légalité*. Paris, Publisud, 1992.
- MOTULSKY, H., *Principes de réalisation méthodique du droit. Théorie des éléments générateurs des droits subjectifs* (préface de P. Roubier). Paris, Sirey, 1948 (réed. Dalloz, 1991).

- PERELMAN, Ch., *Justice et raison*. Editions de l'Université Libre de Bruxelles, 1972 (2ème éd.).
— *Rhétorique et philosophie*. Paris, P.U.F., 1952.
— *L'empire rhétorique*. Paris, Vrin, 1977.
— *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*. Paris, Dalloz (coll. « Méthodes du droit »), 1979 (2ème éd.).
— *Le raisonnable et le déraisonnable en droit. Au-delà du positivisme juridique*. L.G.D. J., 1984.
- PERELMAN, Ch., OLBRECHST-TYTECA, L., *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*. Bruxelles, Editions de l'Université Libre de Bruxelles, 1983 (1ère éd. 1970).
- RÉMY, Ph., « Eloge de l'exégèse », *Droits*, P.U.F., 1985, n° 1, p. 115 s.
- STAROBINSKI, J., « La chaire, la tribune, le barreau », in *Les Lieux de mémoire ; II. La Nation ; III. La gloire, les mots* (ss la dir. de Pierre Nora). Paris, Gallimard, 1986, p. 425.
- TEUBNER, G., *Le Droit, un Système autopoïétique*. Paris, P.U.F. (coll. « Voies du droit »), 1993.
- THÉVENOT, L., *Jugements ordinaires et jugement de droit*, Annales E.S.C., 1992, nov.-déc., p. 1279 s.
- ZÉNATI, F., *La Jurisprudence*. Paris, Dalloz (coll. « Méthodes du droit »), 1991.