NOUVELLE RHETORIQUE ET LOGIQUE DU LANGAGE NORMATIF

A. GIULIANI

La controverse entre la 'nouvelle rhétorique' (1) et la logique formelle se manifeste aussi dans le domaine du langage normatif, prescriptif: et c'est de ce point de vue qu'elle nous intéresse ici. La nouvelle rhétorique met en discussion la question préalable: c'est-à-dire la possibilité d'un langage juridique formalisé. L'inévitable interaction entre le langage juridique technique et le langage commun est mise en relief: ce dernier se manifeste par proverbes, maximes, slogans, dont la force préceptive est en relation avec des opinions et des valeurs généralement acceptées. Tandis que la logique formelle se borne aux normes positivement formulées et aux impératifs, la nouvelle rhétorique étend le secteur du langage prescriptif, et encourage l'étude des conditions qui rendent possible le passage de l'impératif à la persuasion, et vice versa.

La 'nouvelle rhétorique' semble capable d'échapper aux tentations — qui reviennent souvent dans la pensée contemporaine — de la *descriptivist fallacy*: en effet ou bien on réduit le langage normatif au langage énonciatif, ou alors on le considère comme un langage de seconde qualité. La philosophie de

(1) Le mouvement de la 'nouvelle rhétorique' a son point de départ dans l'œuvre de Ch. PERELMAN, en collaboration avec L. OLBRECHTS-TYTECA, *La nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation*, Paris, 1958. Pour une revue des tendances de ce mouvement cfr. les Etudes en l'honneur de Ch. Perelman, publiées dans le vol. 21-24 de 'Logique et Analyse' (1963): *La théorie de l'argumentation. Perspectives et Applications*. Sur la confrontation entre une logique *more juridico* et la logique formelle: PERELMAN, *Logique formelle, logique juridique*, «Logique et Analyse», 1960, p. 226. Sur la conception formelle de la logique juridique: G. KALINOWSKI, *Introduction à la logique juridique*, Paris, 1965. Pour la bibliographie: A. G. CONTE, *Bibliografia di logica giuridica*, «Riv. intern. filos. dir.», 1961, p. 119.

M. Perelman élargit les données, et nous voudrions attirer l'attention sur les points suivants ²:

a) l'intérêt qu'il apporte au vaste secteur de la délibération et de l'exhortation, négligé par la logique formelle;

b) la conscience de la valeur cognitive de la métaphore (et plus généralement de la similitude) à travers une distinction entre métaphores «explicatives» et métaphores «expressives»: l'utilisation philosophique de la métaphore est différente soit de l'usage poétique, soit de l'usage scientifique. Elle est en effet limitée aux métaphores qui sont basées sur une analogie, qui sous-entendent une axiologie ou même une ontologie. Le travail philosophique est, dans un certain sens, correction du matériel analogique, qui est propre à une certaine culture.

c) la valeur de vérité que les maximes plus ou moins implicites du droit ont pour la philosophie morale.

Il y a ici, à notre avis, les prémisses d'une confrontation entre le langage normatif et le langage expressif; cela ne signifie pas que le premier est abandonné au domaine de l'irrationnel: mais au contraire qu'il est relié aux techniques d'une raison pratique, dialectique. De tout cela nous voudrions dégager les conclusions suivantes:

a) que le langage normatif joue le rôle d'intermédiaire entre le langage déclaratif et le langage expressif ⁽³⁾;

b) que le langage normatif est métaphorique et par conséquent s'appuie sur des similitudes.

c) que la dialectique constitue une analyse du langage normatif, dans la mesure où elle exclut les similitudes irrelevantes.

La tradition topique à laquelle se rapporte la nouvelle rhétorique n'a jamais été indifférente à la logique du langage normatif. En nous délivrant du cliché de la rhétorique comme théorie des figures, nous pourrions retrouver de véritables normes logiques concernant l'analyse du langage normatif dans

⁽²⁾ Cfr. en particulier: *Droit, morale et philosophie*, Paris, 1968, (p. 127: Droit et morale); id., *Analogie et métaphore en science, poésie et philosophie*, «Rev. intern. de Philos.», 1969, p. 3.

⁽³⁾ A l'époque contemporaine on retrouve la valeur 'communicative' de l'art dans la métaphore; cfr. G. DORFLES, *Simbolo e metafora come strumenti di comunicazione in estetica*, dans le vol. coll. *Il pensiero americano contemporaneo (Filosofia, Epistemologia, Logica)*, Milano, 1958, p. 55.

les canons de la clarté, du choix des mots, de l'*elegantia iuris* (4), fixés par la rhétorique. Mais notre attention est attirée surtout vers la dialectique aristotélicienne: celle-ci nous offre en effet une logique du langage figuré, métaphorique; c'est en réalité une analyse logique du langage prescriptif (dans le sens plus ample) qui met à l'épreuve valeurs et justifications. La recherche a lieu en termes négatifs à travers des règles d'exclusion du matériel irrelevant: et son but est représenté par la définition dialectique.

Dans la logique déontique on ne met pas en question en général le caractère impératif du langage normatif: et même quand on reconnaît l'existence des usages non impératifs du langage — comme le fait M. von Wright dans *Norm and Action* (5) — on affirme que «the logic of prayer is different from the logic of the command». Est-ce que l'exclusion d'un secteur aussi vaste (advice, council, prayer, request, warning) est justifiée? Nous voudrions remettre en discussion cette exclusion en soutenant la thèse opposée, c'est-à-dire la nécessité d'analyser toutes les formes, tous les usages normatifs du langage.

En réalité l'impératif ne constitue pas l'unique situation dans laquelle nous disons aux autres ce qu'ils doivent faire: et c'est dans ce contexte plus large que nous nous proposons de l'étudier. Entre la prière et l'impératif il y a des éléments communs: 1) le recours à des règles, à des précédents, à des modèles; 2) le rapport intersubjectif; 3) un propos qui s'adresse au futur, et qui dans une certaine mesure prétend le contrôler; 4) une justification raisonnable du choix. L'élargissement de l'horizon du langage normatif nous permet de pénétrer à l'intérieur de la pensée engagée dans l'action: nous avons des rapports avec un *faire*, avec un *agir*, plutôt qu'avec un *dire*. Et ce n'est pas par hasard que le philosophe Austin recourt — dans sa théorie des *performative sentences* — à des exemples tirés de droit (6).

(4) Sur les implications logiques de l'*elegantia iuris*: P. STEIN, *Elegance in Law*, «Law Quart. Review», 1961, p. 242; cfr. aussi notes (14) et (15).

(5) *Norm and Action*, London, 1963.

(6) *Philosophical Papers*, Oxford, 1961 (en particulier le chap. VI: A Plea for Excuses); id., *How to Do Things with Words*, Oxford, 1962, cfr. note (45).

L'objet du langage prescriptif ne peut pas être traité suivant une méthode scientifique, rigoureuse: nous nous trouvons dans le domaine de la communication humaine, et par conséquent de la raison pratique. Le langage juridique diffère des autres formes du langage prescriptif parce qu'il a une fonction essentielle dans la survie de la société: il y a ici certainement un plus grand degré d'impérativité, qui est d'ailleurs toujours présent dans toutes les manifestations du langage prescriptif. Sous un certain aspect la conception impérativiste du droit — qui s'est affirmée au XX^e siècle — avait une justification historique dans la mesure où elle était le reflet d'une conception propre au droit public. Celui-ci semble en effet créé par un acte de volonté (?). Mais cette conception sous-entend également l'acceptation de valeurs bien précises: en particulier de l'idéal de la justice distributive, c'est-à-dire de la justice entre inégaux: entre un supérieur et un inférieur (8). Mais c'est justement dans le domaine où cette conception paraissait la plus satisfaisante, que se révèlent aujourd'hui ses limites; il suffit de penser à l'importance des conseils, des avis, des déclarations administratives qui contiennent des jugements d'opinion et d'évaluation (9). Dans les programmes, dans les directives économiques, c'est l'aspect obligatoire qui tend à passer au second plan. M. Bobbio (10) a récemment attiré l'attention sur la fonction promotionnelle du droit. Et nous voudrions rappeler enfin les règles des Constitutions modernes, que la doctrine allemande définit *Versprechensnormen*.

(?) Cfr. les observations de F. A. HAYEK, *The Confusion of Language in Political Thought*, Kent, 1968.

(8) Sur les rapports entre une conception systématique du droit et l'idéal distributif de la justice nous avons attiré l'attention dans *Le variabili della giustizia nella tradizione giuridica europea* (dans le vol. coll. *Las constantes de Europa*, Barcelona, 1969, p. 127).

(9) P. GASPARRI, *Lezioni di diritto amministrativo (Teoria degli atti amministrativi)*, Perugia, 1968, p. 63.

(10) N. BOBBIO, *Sulla funzione promozionale del diritto*, «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1969, p. 1313. M. Bobbio a attiré l'attention sur l'existence d'un secteur des propositions prescriptives, qui est semi-normatif: *Per una classificazione degli imperativi giuridici*, «Riv. intern. fil. dir.», 1960, p. 7; *Comandi e consigli*, ib., 1961, p. 370.

Usages prescriptifs du langage métaphorique.

Le terme 'métaphore' n'est pas employé ici dans un sens qui comprend toutes les significations dénombrées, qu'Aristote distingue dans sa *Poétique* (1457 b 7): c'est-à-dire un rapport de genre à espèce, d'espèce à genre, d'espèce à espèce, et d'analogie. On a analogie quand, étant donné quatre termes, le deuxième est au premier ce que le quatrième est au troisième. A la métaphore fondée sur une analogie se rapporte M. Perelman, quand il met en évidence ses implications logiques. On pourrait parler en un certain sens d'analogie plutôt que de métaphore, mais nous préférons conserver le terme 'métaphore', après l'avoir éclairci et précisé. Le terme 'analogie' s'est développé à l'âge moderne en connexion avec les procédés de la science; le raisonnement analogique vise à l'identité, non à l'assimilation. La métaphore au contraire suppose un raisonnement basé sur la similitude (thème et phore ne sont jamais sur un plan d'identité): une métaphore n'est donc ni vraie ni fautive mais relevante, adaptée au cas.

La pensée métaphorique n'est pas irrationnelle en soi: elle a son fondement dans le sens commun, dans les opinions acceptées. Nous voudrions attirer l'attention sur les maximes, sur les proverbes, sur les aphorismes: ce sont des 'topoi' dans le sens de la dialectique aristotélicienne. Et dans cette catégorie sont comprises les maximes juridiques (*ex facto oritur ius, ubi remedium ibi ius, summum ius summa iniuria*, etc.)⁽¹¹⁾. La reconnaissance d'un certain degré de vérité au savoir commun oblige le philosophe et le juriste à un travail d'analyse du langage qui est essentiellement dialectique: c'est une correc-

⁽¹¹⁾ J. ESSER insiste sur le caractère dialectique de ces maximes, dans *Grundsatz und Grundnorm*, Tübingen, 1964, p. 113 sq. Les historiens du droit ayant des intérêts logiques, ont réservé une attention particulière aux maximes légales: P. TOURTOULON a individué les justifications qui sont à la base des 'brocarda' médiévaux (logique, considérations morales, sens commun, etc.) dans *Philosophy in the Development of Law*, New York, 1922, p. 310 s. (trad. du franç.). Parmi les travaux plus récents: P. STEIN, *Regulae iuris*, Edinburgh, 1966; M. SBRICCOLI, *L'interpretazione dello statuto*, Milano, 1969, p. 392.

tion des métaphores. Mais le passage de la métaphore au concept, à la définition est toujours instable, sujet à être révisé. Quand la conscience du caractère métaphorique manque, la voie est ouverte aux abus les plus dangereux du langage. Le discours sur la métaphore peut être étendu à toutes les 'figures' dans la mesure où l'usage de ces figures est en relation avec l'argumentation, et ne se limite pas à des exigences de style ⁽¹²⁾.

Notre intérêt pour le langage métaphorique n'est pas rhétorique stricto sensu (recherche des effets persuasifs des 'figurae elocutionis'), il n'est pas sémantique (recherche du déplacement du sens des mots) ⁽¹³⁾, mais *logique*. On ne doit pas négliger certaines données de la rhétorique:

a) *individuation d'usages prescriptifs du langage métaphorique*. Cicéron (de or. III, 155) et Quintilien classifiaient les expressions impératives et interrogatives parmi les 'figurae sententiarum': et le caractère figuré du langage prescriptif (proverbes, maximes) pouvait être admis. Ce caractère satisfait les exigences de l'usage prescriptif du langage; l'allégation d'un proverbe, d'une maxime n'a pas seulement pour but de communiquer une connaissance, mais de justifier un comportement: elle sous-entend une accusation ou une défense. Tous les usages qui ne rentrent pas dans le discours énonciatif semblent repris dans le langage figuré. Quintilien affirme (Inst. or., IX, 2, 7): «Figuratum autem, quotiens non sciscitandi gratia adsumitur sed instandi...». Le langage figuré dans son aspect le plus général est pénétré de juridicité; le raisonnement métaphorique, en tant qu'il est basé sur la similitude, est lié à la primauté du cas ⁽¹⁴⁾.

b) *le langage métaphorique est langage ordinaire* — La mé-

⁽¹²⁾ PERELMAN, *Traité de l'argumentation*, p. 225.

⁽¹³⁾ Sans doute une étude métaphorologique du point de vue sémantique représente l'auxiliaire nécessaire d'une recherche logique et philosophique; cfr. H. BLUMENBERG, *Paradigmen zur einer Metaphorologie*, dans «Archiv für Begriffsgeschichte», vol. VI, Bonn, 1960.

⁽¹⁴⁾ Sur les règles de correction du langage figuré: H. BLAIR, *Lectures on Rhetoric and Belles Lettres*, London, 1773, vol. I, p. 378 s.; A. SMITH (*Lectures on Rhetoric and Belles Lettres*, ed. by J. M. LOTHIAN, London, 1963, p. 27) insistait sur la 'justice or propriety of metaphors'.

taphore était considérée comme une fiction qui sert à combler les lacunes du langage. Cicéron résume ce point de vue:

Tertius ille modus transferendi verba late patet; quem necessitas genuit, inopia coacta et angustiis, post autem delectatio jucunditasque celebravit (de orat. III, 155).

Et c'est la substance de cette pensée que Vico exprimait quand il faisait la distinction entre métaphores 'par nécessité' et 'pour ornement' (15).

Le langage normatif est métaphorique.

Toute l'histoire de la pensée juridique pourrait être étudiée du point de vue du langage, comme un enchaînement de métaphores: il suffirait d'examiner n'importe laquelle des controverses de la science juridique (16), pour voir comment les différentes solutions sont conditionnées par les métaphores acceptées, les similitudes, le recours à l'exemple. Nous pourrions trouver dans le droit la confirmation de la thèse de M. Blumenberg (17), c'est-à-dire de l'existence de termes-clef qui sont des métaphores absolues, en ce qu'elles résistent à une résolution en termes logiques: l'impossibilité d'un accord sur le terme

(15) G. B. VICO, *Istituzioni oratorie*, opera inedita volgarizzata dal latino dal padre don L. PARCHETTI, Novi, 1844, p. 131: «Di questo mutamento due sembrano le cagioni: necessità ed ornamento. Necessità fu che essendo (come dice il giureconsulto) le parole note delle cose, e molte essendo più in natura le cose che le parole, e perciò mancando ad ogni lingua moltissimi vocaboli propri si rinvenissero ed adattassero gli alieni ed impropri...». Cfr. aussi BLAIR (o.c., p. 348: nature... dictates the use of Figures; p. 352: no language is so copious as to have a separate word for every separate idea). Dans un sens très proche aujourd'hui M. BLACK parle de la métaphore comme d'une sorte de *catachrèse* (*Models and Metaphors*, Ithaca, 1968, p. 33); cfr. aussi PERELMAN, *Analogie et Métaphore*, p. 6.

¹⁶ A cet égard la controverse sur les droits sans sujet est significative; voir R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, «Jus», 1960, p. 1; id. *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, Torino, 1968.

(17) *Paradigmen*, o.c.

'droit' en serait une preuve. Le travail du juriste c'est la correction des métaphores, la clarification du langage. Le langage législatif implique celui de la science et de la jurisprudence: de la métaphore on passe au concept, à la définition *dans le temps* à travers un travail de collaboration collective en relation avec des cas. La définition juridique comme définition dialectique ne décrit pas une réalité, mais implique une prise de position par rapport à la réalité. Elle définit en tant qu'elle limite une controverse, et sous-entend la situation controversielle, d'où elle est née. Il y a à la base un choix, qui n'est pas arbitraire et même pas nécessaire, mais raisonnable. La définition en sa faveur a une présomption de vérité: qui entend la mettre en question, a la charge de la preuve. Et quand ceci se produit, le caractère figuré du langage juridique ressort: par exemple, le terme 'dommage' nous offre l'évolution du sens physique (dommage matériel) au sens métaphorique (dommage moral) ⁽¹⁸⁾. Des situations nouvelles peuvent être formellement semblables, mais substantiellement différentes: qu'on pense au terme 'vie' une fois possible l'hibernation ⁽¹⁹⁾. L'assimilation détermine une divergence d'opinions, une confrontation de textes et de justifications, dont la solution ne pourrait être offerte par une logique formelle.

L'accord, l'adhésion, sont le substitut d'un ordre ontologique introuvable; le passage de la métaphore au concept est toujours précaire, instable, dans une situation dynamique. La définition ne nous dit rien sur le cas nouveau, non préconstitué: la tension entre 'lettre' et 'esprit' apparaît inévitable, car il s'agit d'un phénomène commun à tous les énoncés figuratifs. La tradition rhétorique voyait en effet dans le 'scriptum et sententia' le plus important des 'status legales', c'est-à-dire des controverses sur le thème de l'interprétation de la loi. Une analyse des définitions juridiques pourrait avoir la même valeur que l'analyse du langage ordinaire souhaitée par maints philosophes de l'école

⁽¹⁸⁾ Sur les différentes argumentations: O. BRUSHIN, *Zum Problem des immateriellen Schadens*, Turku, 1966.

⁽¹⁹⁾ Considérons les problèmes dérivant de l'extinction de l'usufruit, selon l'exemple de M. PERELMAN, *On Self-Evidence in Metaphysics*, «Intern. Phil. Quart.», 1964, p. 14.

d'Oxford. Une telle analyse nous permettrait de connaître les justifications, plus ou moins correctes, qui ont poussé à accomplir un choix, et de voir si elles résistent à la réfutation.

Des résidus d'énoncés métaphoriques et figuratifs sont restés dans le langage des codes, malgré tous les efforts pour les éliminer. Le code civil italien en fournit un exemple dès le premier article des 'Disposizioni sulla legge in generale' dans lequel sont indiquées les 'sources' du droit (*fonti del diritto*)⁽²⁰⁾. GénY a signalé dans le Code français de nombreux exemples, qui confirment nos opinions: le domicile, la naturalisation, la légitimation, l'adoption, la subrogation à la suite de paiement, la séparation des patrimoines, etc. Ces termes impliquent «de leur nature même, des conceptions imaginaires ou des assimilations par l'idée, dont le législateur ne pouvait se déprendre en les consacrant, encore que sa formule s'abstint le plus souvent de toute évocation fictive»⁽²¹⁾. De même dans le droit pénal, dans lequel l'ambiguïté est évidemment dangereuse pour la certitude, il ne manque pas d'exemples.

L'aspect métaphorique est particulièrement évident dans la fiction juridique, instrument indispensable de la doctrine et de la jurisprudence. C'est la conception classique — que nous retrouvons chez les juristes romains et médiévaux et chez les *common lawyers* — qui insiste sur la correspondance de la fiction avec la nature des choses, avec l'équité: *in omni fictione inest aequitas naturalis*, affirmait Bartolus; et sir Edward Coke répétait: *in fictione iuris semper aequitas existit*⁽²²⁾. Et la valeur de vérité de la fiction juridique était reconnue même par le philosophe Jean de Salisbury, qui pouvait y trouver les prémisses de la solution du problème des universaux⁽²³⁾.

(20) Sur tout le problème cfr. E. PARESCE, *Fonti del diritto*, dans «Enciclopedia del Diritto», vol. XVII, 1968, p. 892.

(21) Sur les fictions dans le Code Napoléon: F. GÉNY, *Science et Technique en droit privé positif*, Paris, III, 1931, p. 421.

(22) Cfr. J. W. JONES, *Historical Introduction to The Theory of Law*, Oxford, 1956, p. 164 s.

(23) *Metalogicon* (P.L., CXCIX, 879 B); cfr. aussi 885 C: «Ergo, ex sententia Aristotelis, genera et species, non omnino quid sit, sed quale sit quodammodo concipiuntur; et quasi quaedam sunt figmenta rationis, se ipsam, in rerum inquisitione et doctrina subtilius exercentis».

Les fictions de la jurisprudence et de la doctrine n'ont pas été éliminées des codes modernes, et la forme fictive s'est glissée dans quelques articles. Et, d'autre part, aucun système juridique ne peut se baser seulement sur des impératifs: il y a tout le secteur du cas douteux, ou non réglé par le législateur. Il y a interaction entre le langage du législateur et celui de la doctrine, de la jurisprudence; le langage prescriptif basé sur la *voluntas* n'arrive pas à éliminer celui qui est basé sur l'*opinio* (bonne foi, équité, concurrence déloyale, etc.). Et les maximes, les proverbes jouent un rôle important même dans les systèmes codifiés⁽²⁴⁾. Roscoe Pound a attiré l'attention sur l'existence de 'legal standards' (25): l'intérêt de Pound est surtout sociologique. Il y a le risque d'une part de résoudre le droit en sociologie, et de l'autre le langage normatif en un langage énonciatif des situations sociologiques. Beaucoup de règles valent par leur force de persuasion, même si elles ne sont pas codifiées: en effet la positivité des principes concernant l'interprétation de la loi est contestée. Il faut ajouter à cela l'intérêt de plus en plus marqué pour la connaissance de la véritable autorité des précédents⁽²⁶⁾. Du point de vue d'une analyse 'dialectique' du langage prescriptif, il ne faudrait pas négliger non plus les aphorismes: lorsque le juge Holmes affirme que 'the life of law has not been logic; it has been experience' nous avons là une énonciation qui n'est ni vraie, ni fausse, mais qui peut être relevante.

La conception moderne de la fiction juridique.

Dans la pensée juridique moderne la dévaluation du langage métaphorique, figuré, est devenue un dogme tacitement accep-

(24) Sur tout le problème cfr. ESSER, o.c., p. 317 s.

(25) Cfr. les observations de J. STONE, *Legal System and Lawyer's Reasonings*, London, 1964, p. 43. Les conclusions de A. RIGOBELLO sur les limites de la réduction du langage moral à ses conditionnements sociaux peuvent être valides également pour le langage juridique (*Condizionamenti sociologici e linguaggio morale*, dans le vol. coll. *Sociologia e Filosofia*, Brescia, 1965, p. 244).

(26) G. GORLA, *Giurisprudenza*, dans «Enciclopedia del Diritto», vol. XIX, 1969, p. 489; ESSER, o.c., p. 267.

té: c'est le point de rencontre de positions opposées qui plongent leurs racines soit dans le réalisme, soit dans le nominalisme. Cette dévaluation se rattache à la corruption de la tradition dialectique authentique: et partant à la méfiance à l'égard du domaine de l'opinion, et de tout raisonnement n'étant pas basé sur des preuves contraignantes, démonstratives. Il en découle la restriction du langage prescriptif aux impératifs, parce que seulement cette forme de prescription semble rationnelle: les autres formes relèvent irrémédiablement du domaine de la persuasion, de la rhétorique, de l'irrationnel.

En réalité l'élimination des différentes formes du langage prescriptif a été plus facile ⁽²⁷⁾ que celle de la fiction juridique: l'attaque contre ce dernier résidu du langage figuré met en évidence l'incohérence des techniques employées. Si les ennemis des fictions avaient raison de critiquer les abus, ils ont passé la mesure quand ils ont prétendu les éliminer. Il suffit de penser d'un côté à l'insuccès des efforts accomplis pour éliminer tout vestige des expressions fictives dans les codes, et de l'autre à la confusion qui en a progressivement découlé dans ce secteur. Les fictions, au lieu de disparaître, ont dégénéré ou se sont introduites dans les fondements mêmes de la pensée juridique.

La restriction du langage prescriptif aux normes positivement formulées et aux impératifs a laissé dans l'ombre le caractère 'figuratif' du langage juridique: ce qui a favorisé les tentations des juristes de considérer les concepts et les fictions juridiques comme des choses, et de considérer comme 'réelles' les définitions juridiques (surtout dans le cas de la *Begriffsjurisprudenz*). Si tout ceci a pu rester inoffensif pendant des périodes de stabilité sociale, où les mots semblent correspondre aux choses, on en constate les effets pernicioeux dans une société, comme la nôtre, en constante évolution.

Le refus des fictions juridiques est lié surtout au nom de Jeremy Bentham ⁽²⁸⁾, qui a mis en évidence leur fausseté; les

⁽²⁷⁾ Sur la méfiance du droit naturel à l'égard des maximes: ESSER, *o.c.*, p. 314.

⁽²⁸⁾ *Traité de la législation civile et pénale*, Paris, 1, 1802; les fictions

fictions en somme ne reflètent pas la réalité: elles se résolvent en une usurpation du pouvoir législatif, et s'opposent donc à l'idéal de la codification. Le langage scientifique devrait être le modèle du langage prescriptif. Dans sa *Logic* ⁽²⁹⁾ Bentham avait affirmé que tout le langage est vicié d'ambiguïté et d'obscurité tant dans les mots considérés en eux-mêmes que dans leur syntaxe: les termes juridiques en particulier sont «inexpressive or calculated to produce error». On ressent l'exigence d'une nouvelle terminologie plus précise, et sa *Nomography* nous offre des préceptes pour un vocabulaire juridique dont les termes devront être en même temps familiers et 'expressive of clear conceptions'. Le législateur hypothétique se trouverait à opérer un choix entre les racines du latin, du grec, des langues germaniques: celles du latin seraient à préférer parce que cette langue nous offre la série la plus riche de mots dérivés, et par conséquent se révèle appropriée à la morale et à la législation. Parmi les langues modernes, c'est l'anglais qu'il faut préférer pour sa simplicité et sa ductilité: permettant les combinaisons de mots, il peut plus facilement désigner une *fictitious entity*, à laquelle on peut attribuer n'importe quelle action ou qualité.

Nous attirons l'attention sur cette dernière affirmation: c'est justement dans l'irréductible ennemi des fictions qu'on finit paradoxalement par reconnaître un défenseur de la méthode fictionnelle dans les sciences sociales. L'attaque contre la fiction juridique semble se résoudre en une exaltation, comme il pourrait apparaître également dans l'œuvre de Vaihinger *Die Philosophie des Als Ob*. Mais en réalité cette exaltation est ambiguë, parce qu'elle reflète la confusion et la contradiction entre le concept 'classique' et le concept 'moderne' de fiction juridique.

Et cette coexistence d'attitudes contradictoires mérite une analyse des prémisses théoriques, parce qu'elle se révèle sur le terrain des codifications. L'idéal cartésien du langage pé-

juridiques sont traitées dans le chap. XIII (exemples des fausses manières de raisonner dans la jurisprudence).

⁽²⁹⁾ *Works*, vol. VIII, p. 242.

nètre la terminologie du Code Napoléon: en effet il fallut abandonner le dessein original d'un Code dépourvu de tout caractère technique⁽³⁰⁾. Il y a là le modèle d'un langage technique, précis, abstrait, accepté par les législations modernes. Le code français dans le refus de tout vestige figuratif a recueilli l'héritage des doctrines du droit naturel moderne, lesquelles ont exercé sur ce terrain une influence commune avec les doctrines benthamiennes. Il a aussi transmis aux codifications modernes une série d'ambiguïtés et de contradictions. Les fictions sont considérées par le législateur français comme un mal à éviter. Comment expliquer leur introduction délibérée dans certains cas ?

art. 739: La représentation est une fiction de la loi, dont l'effet est de faire entrer les représentants dans la place, dans le degré et dans les droits du représenté.

L'explication de cette contradiction est peut-être à chercher dans le fait que le véritable mépris accable les fictions de la doctrine et de la jurisprudence. Les fictions législatives sont expression du caractère artificiel du droit. Le législateur en somme a préconstitué les fictions utiles; et l'école exégétique s'est hâtée d'affirmer quelques principes: a) *pas de fiction légale sans texte*; b) interdiction d'interprétation extensive des fictions législatives⁽³¹⁾.

Les fictions juridiques, loin d'être éliminées, ont été transformées; et l'on a pu ainsi affirmer que la fiction juridique n'a pas eu dans le passé un usage si extensif que dans le droit moderne⁽³²⁾. Mais quelles sont ses prémisses ? Le concept moderne n'a en commun avec le concept classique que le nom: le fondement dans le premier cas est la volonté de la loi, dans le second l'opinion raisonnable et la nature des choses. La fiction dans le sens moderne est essentiellement législative, elle se rattache à l'idée d'ordre et de système en permettant d'établir

⁽³⁰⁾ J. RAY, *Essai sur la structure logique du code civil français*, Paris, 1926, p. 23 s.

⁽³¹⁾ Sur l'attitude de l'école exégétique (Merlin, Laurent) cfr. GÉNY, *Science et Technique*, o.c., p. 430.

⁽³²⁾ VAHNINGER, *Die Philosophie des Als Ob*, Leipzig, 1922, ch. XXXIII.

des relations conceptuelles dans un système ordonné. La fiction, par contre, dans le sens 'classique' est essentiellement doctrinale et jurisprudentielle: c'est le point d'arrivée d'une recherche collective conduite dans le temps: elle a un caractère social, dans un certain sens démocratique. Elle est pourtant orientée vers le problème et vers le cas, elle n'a pas d'aspirations systématiques.

Le concept moderne de fiction juridique s'est développé et modelé en connexion avec les procédés 'fictionnistes' de la science et en particulier de la mathématique: l'histoire de ces procédés nous a été amplement documentée par Vaihinger. La science offre des procédés rigoureux, qui ne subissent pas les oscillations des opinions, mais en même temps conventionnels; le concept moderne de fiction est apparu compatible avec les présupposés nominalistes et volontaristes de la pensée juridique moderne: on pouvait établir une analogie entre les procédés logiques de la législation et ceux de la science. C'est ainsi que se glissait parmi les juristes une tendance législative et réformatrice vis-à-vis du langage, qui est caractéristique de certaines écoles de la philosophie contemporaine ⁽³³⁾. L'acceptation du concept moderne de fiction — conditionné par certains idéaux logiques — a affirmé le caractère artificiel des fictions juridiques; celles-ci représentent un moment dans le progrès de la science: l'on espère qu'elles pourront être traduites en symboles. La distinction entre les fictions 'vraies' fixées par le législateur, et les fictions 'fausses' par la doctrine et la jurisprudence reste établie. Est-on arrivé à éliminer ces dernières? Il n'a pas été possible de supprimer les fictions doctrinales dans les codes: elles ont été acceptées par le législateur ⁽³⁴⁾, déterminant ainsi une situation confuse. La loi ne peut pas se passer des concepts et des définitions de la doctrine ⁽³⁵⁾: et il s'établit

⁽³³⁾ A propos des 'legislative and reformatory claims of philosophy', cfr. M. J. CHARLESWORTH, *Philosophy and Linguistic Analysis*, Louvain, 1961, p. 178.

⁽³⁴⁾ F. GÉNY, o.c., p. 424.

⁽³⁵⁾ Le législateur aussi ne peut se passer de 'teorizzare sul diritto'; cfr. E. OPOCHER, *Il problema della natura della giurisprudenza*, Padova, 1963, p. 5.

un rapport constant entre la science et la législation⁽³⁶⁾. Les maximes légales mêmes n'ont pas été éliminées, mais au contraire ont trouvé leur expression légale dans des articles spécifiques du code. Les fictions juridiques au sens moderne ne correspondent pas aux procédés de recherche effective du juriste: et leur 'status' est devenu de plus en plus ambigu.

Le caractère figuratif du langage législatif n'a pas été éliminé: on en a seulement perdu la conscience, et cela a provoqué beaucoup d'abus⁽³⁷⁾. Il suffit de considérer le sort des fictions juridiques une fois dégagées de leurs présupposés logiques, qui en permettaient la correction et l'adaptation continuelle; elles ont fini par être considérées comme des réalités. Ce n'est pas par hasard que le déclin de la conception classique de la fiction juridique coïncide avec la décadence de cette logique de l'opinion qu'est la dialectique: et ce déclin doit être analysé dans le cadre plus général de la restriction aux impératifs de tout le domaine du langage prescriptif. Cette restriction trouve peut-être ses racines dans le Moyen Age: dans les tendances réalistes et nominalistes⁽³⁸⁾ qui ignorent la dimension sociale du langage. Abélard en est le premier responsable qui a identifié la règle avec la 'maxima propositio' au sens logique: il était déjà séduit par la tentation d'établir une analogie entre les 'maximae propositiones' de la dialectique et celles de la mathématique et de la géométrie. C'est avec Hobbes⁽³⁹⁾ qu'on

⁽³⁶⁾ Cette identification de l'activité du juriste et celle du législateur a été mise en relief par la philosophie du droit idéaliste en Italie: W. CESARINI SFORZA, *Il concetto del diritto e la giurisprudenza integrale*, Milano, 1913, p. 74; A. E. CAMMARATA, *Contributi ad una critica, gnoseologica della giurisprudenza*, Roma, 1925, p. 135 sg. (réimprimé dans *Formalismo e sapere giuridico*, «Pubblicazioni dell'Istituto di diritto pubblico», Trieste, 1962).

⁽³⁷⁾ Sur les dangers de l'abus du langage: F. BATTAGLIA, *Noterelle sul linguaggio*, «Studi in onore di V. LUGLI e D. VALERI», Venezia, p. 42.

⁽³⁸⁾ A propos de l'influence du nominalisme sur la science juridique médiévale: M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, 1968, p. 199. Sur l'influence de la dialectique abélardienne: A. GIULIANI, *La controversia. Contributo alla logica giuridica*, Pavia, 1966, p. 183 («Pubbl. dell'Istituto giuridico», n. 143); id., *La logique de la controverse et le droit chez les romanistes du XII^e siècle*, «Studia et Doc. Hist. et Iur.», 1968, p. 223.

⁽³⁹⁾ HOBBS, *Leviathan* (chap. IV: Of Speech).

établit un rapport entre fiction et calcul, et qu'on affirme l'idéal d'un langage juridique non ambigu; la fracture entre la logique et la rhétorique devient définitive et se reflète dans la fracture entre la loi d'un côté et le conseil et l'exhortation de l'autre; conseil et exhortation appartiennent au domaine de la persuasion, de l'opinion, de la rhétorique: et donc de la métaphore et de la similitude⁽⁴⁰⁾. Bentham ne proposait que des idées déjà acceptées par la pensée juridique moderne.

Un certain modèle de 'Raison' semble incapable de comprendre les formations de la raison pratique, qui sont en un certain sens liées à l'opinion: c'est ainsi qu'un vaste secteur du langage prescriptif — et non le moins important — reste exclu de la recherche. Le langage déclaratif jouit d'une primauté indiscutable; le langage expressif est relégué dans le domaine de la rhétorique, terme que l'on entend dans un sens péjoratif. Quant au langage prescriptif il ne lui reste qu'à se modeler sur le premier: et c'est là la racine de la *descriptivist fallacy* ⁽⁴¹⁾.

Méthode dialectique et analyse du langage normatif.

La tradition topique — aujourd'hui reprise par la nouvelle rhétorique — bien que consciente du caractère métaphorique du langage normatif, n'avait aucune intention de le reléguer dans le domaine de l'irrationnel, car elle savait bien que les institutions humaines en dépendent. Et c'est bien à une telle conclusion que peut nous conduire une étude attentive de la dialectique aristotélicienne. Et, à ce propos, nous voudrions résumer certaines conclusions de la recherche que nous avons entreprise depuis pas mal de temps sur le sixième livre des Topiques, qui est consacré à la théorie de la définition dialectique.

Il faut au préalable contester l'opinion selon laquelle dans

⁽⁴⁰⁾ BOBBIO, *Comandi e consigli*, o.c.

⁽⁴¹⁾ Sur les efforts de la philosophie contemporaine de se libérer d'une telle «fallacy»: CHARLESWORTH, o.c., p. 171; U. SCARPELLI, *Semantica, morale e diritto*, Torino, 1969, p. 37 sg.

le système aristotélicien le discours énonciatif jouit d'une primauté absolue: la logique du «vrai-faux» ne peut pas être appliquée au discours préceptif, normatif. Au contraire ce dernier semble devoir être considéré comme intermédiaire entre le langage scientifique et le langage poétique. Il y a dans le *de interpretatione* un passage significatif à ce point de vue ⁽⁴²⁾:

Pourtant tout discours n'est pas une proposition, mais seulement le discours dans lequel réside le vrai ou le faux, ce qui n'arrive pas dans tous les cas: ainsi la prière est un discours, mais elle n'est ni vraie, ni fausse. Laissons de côté les autres genres de discours: leur examen est plutôt l'œuvre de la Rhétorique ou de la Poétique. C'est la proposition que nous avons à considérer pour le moment. 17 a 2 - 7 (trad. TRICOT).

Il faut attirer l'attention sur l'exemple de la prière; la prière n'est ni vraie, ni fausse; c'est un secteur dans lequel l'homme grec a conscience de la force créatrice de la parole, de la possibilité de faire des choses avec des paroles. Le discours normatif suppose le dialogue et la logique du dialogue, il n'y a aucune raison de penser que Aristote l'a négligé, parce qu'il renvoie à d'autres œuvres, à la Rhétorique et à la Poétique.

Laissons de côté la question de savoir si la réduction du «déontique» au «nécessaire» — et les suggestions d'une logique déontique ont été trouvées ⁽⁴³⁾ justement dans le *de interpretatione* — est dans l'esprit de l'authentique philosophie aristotélicienne. Nous en doutons, parce qu'Aristote savait très bien qu'il n'y a pas le choix dans le domaine du «nécessaire», et

⁽⁴²⁾ Parmi les philosophes qui ont compris la valeur de ce passage, il faut rappeler THOMAS REID, de l'école écossaise du *common sense*, qui affirmait dans son *Brief Account of Aristotle's Logic* que, à l'exemple de la prière, on pouvait ajouter «a question, a command, a contract and many others. They have remained banished from the regions of philosophy to this day; yet I apprehend that an analysis of such speeches, and of the operations of mind which they express, would be of real use, and perhaps would discover how imperfect an enumeration the logicians have given of the powers of human understanding, when they reduce them to simple Apprehension, Judgement, and Reasoning» (*The Philosophical Works*, Edinburgh, 1895, II, p. 692).

⁽⁴³⁾ Sur le rapport entre logique modale dans le sens classique et logique déontique cfr.: RAY, *o.c.*, p. 50 sg.; KALINOWSKI, *o.c.*, p. 70.

il semble s'abstenir d'appliquer la logique modale au discours historique⁽⁴⁴⁾. Aristote — le premier des analystes du langage — semble être conscient des pièges que l'expression «devoir être» tend au philosophe; il distinguait deux sens de δέον: nécessaire et bien. Et peut-être que les prémisses d'une logique du langage normatif doivent être recherchées dans l'analogie entre δέον et ἀγαθόν.

C'est que ce *qui doit être* a un double sens: il signifie ce qui est inévitable (τὸ ἀναγκαῖον) ... et nous disons aussi des choses bonnes qu'elles doivent être (τὰγαθὰ δὲ δέοντά φάμεν εἶναι). Réf. Soph. 165 b 35 (Trad. TRICOT).

Aristote semble avoir appris la première leçon d'analyse logique du langage normatif à partir des controverses sur le thème de la définition juridique, que lui offrait l'expérience historique de son temps: à propos de la réforme des lois, laquelle, dans l'Athènes du V^e siècle se passait dans une situation contradictoire entre le défenseur du πάτριος νόμος et le défenseur de la réforme législative. C'est Aristote lui-même qui le déclare à la fin du sixième livre des Topiques, consacré à la théorie des définitions dialectiques. La procédure de preuve et de vérification des lois est donc le modèle de la rectification des définitions. Si Platon visait le modèle mathématique, Aristote considère le modèle juridique du raisonnement:

En outre, de même que dans les Assemblées il est d'usage, quand on propose une loi nouvelle, d'abroger la précédente si la loi nouvelle est meilleure, ainsi doit-on procéder aussi dans le cas des définitions et doit-on en proposer soi-même une autre: car si elle paraît meilleure et mieux exprimer la chose à définir, il est clair que la définition déjà posée s'écroulera, puisqu'il ne peut pas y avoir plusieurs définitions de la même chose. Top. 151 b 12 (Trad. TRICOT).

Il y a une certaine méfiance envers l'usage du mot métaphore en dehors de la poétique, mais si nous employons le terme dans le sens de métaphore «explicative», le Stagirite semble reconnaître le caractère métaphorique du discours normatif. Les dé-

⁽⁴⁴⁾ E. RIONDATO, *La teoria aristotelica della enunciazione*, Padova, 1967, p. 91 sg.

finitions analysées au sixième livre sont justement des métaphores juridiques: la loi comme *image*, comme *mesure*, etc. (140 à 8: ὁ νόμος μέτρον ἢ εἰκὼν τῶν φύσει δικαίων). L'attention qu'Aristote prête à des exemples, à des modèles, à des slogans de son temps, est en rapport avec une conception dialectique de la recherche philosophique. Il semble dire: cette métaphore est vraie sous ce point de vue, et fautive sous cet autre; nous sommes sur le terrain de la pensée confuse, des définitions qui ne peuvent être ni tout à fait claires ni tout à fait obscures, comme il le déclare dans la Rhétorique (1369 b 32).

Le langage ordinaire est le point de départ de la recherche philosophique: et Aristote ne s'est pas limité à des énonciations grammaticales sur l'analyse du langage normatif; le philosophe ne légiférant pas sur la vraie signification des mots, et ne se limitant pas à enregistrer les usages courants. L'analyse des définitions et des métaphores contenues dans les Topiques révèle une recherche philosophique *in action*, faite selon une méthode dialectique; le philosophe en tant que dialecticien ne prétend pas à l'originalité, mais recherche la vérité à travers les opinions. La dialectique ne s'occupe pas de l'adhésion, mais de l'adhésion correcte: son objectif est de ramener le discours normatif dans le domaine de la raison pratique. Tout l'intérêt est concentré sur le contenu de la prescription: il ne doit pas être arbitraire, mais soumis à la loi de la raison. Le fondement de la prescription est dans la motivation, dans la justification. Le modèle juridique oriente la logique du langage normatif dans le sens d'une logique de la réfutation et de la relevance. Les conditions de validité d'une définition sont déterminées *en termes négatifs*: une métaphore est relevante, si elle résiste au feu de la contradiction.

Prenons un exemple des Topiques: la loi comme *mesure* ou comme *image* de ce qui est juste par nature. Aristote refuse cette définition à un double point de vue:

a) il n'existe pas de ressemblance, il n'y a pas d'analogie: c'est en somme une mauvaise métaphore;

b) le modèle ne tient pas compte de l'usage linguistique ordinaire qui a une certaine présomption de vérité. Pour ce qui concerne la métaphore de la 'mesure' Aristote met en garde

contre les dangers d'une transposition simpliste d'un modèle 'quantitatif' qui est caractéristique de la médecine ou des mathématiques — dans le droit. Le recours à la métaphore implique le caractère normatif du langage, et des définitions, dans l'éthique, dans la politique, dans le droit. *Et la théorie des définitions se résout en une logique des erreurs dans la clarté, et dans la relevance* ⁽⁴⁵⁾: et de ceci nous nous réservons de donner une plus ample démonstration. Tant que nous insistons à considérer les métaphores comme un simple ornement du discours, il reste peu d'espace à une analyse du langage normatif. D'où l'importance de certains aspects de la philosophie de M. Perelman.

Les définitions dialectiques ne sont pas des définitions d'essences, mais de choses qui peuvent être changées selon le choix de l'homme. Voilà pourquoi le discours sur le langage normatif renvoie à celui de l'éthique, conçue comme analyse des dispositions permanentes de l'homme. Les individus — indépendamment de l'existence des impératifs — se conforment à certains comportements: ils se reflètent dans des maximes, proverbes, aphorismes, qui sont partie intégrante du langage normatif. L'impératif n'est pas seulement dans la volonté de la loi, mais aussi dans la nature des choses: et les opinions communes sont, en un certain sens, naturelles.

Université de Pérouse

A. GIULIANI

⁽⁴⁵⁾ Sur les rapports entre la logique de la relevance et la dialectique cfr. GIULIANI, *La controversia*, o.c. La distinction entre le refus (*antilepse*) et la réfutation (*antithèse*) développée par la rhétorique post-aristotélienne pourrait se révéler utile dans l'analyse des métaphores. Le désaccord peut en effet être absolu (on refuse la métaphore), ou relatif (on accepte le phore, mais on le corrige). Cette distinction (o.c., p. 92) nous semble correspondre à la différence entre *justification* et *excuse* proposée par AUSTIN, *Philosophical Papers*, o.c., p. 123.

DISCUSSION

M. Ch. PERELMAN

L'exposé si suggestif et si profond de M. Giuliani me semble devoir commencer par une étude précise de la notion même de métaphore, car sans cela tout le langage serait métaphorique, et du coup nous ne pourrions plus distinguer la métaphore de ce qui n'est pas métaphorique. J'aimerais que l'on procède de façon empirique, en relevant dans la loi et les décisions de justice toutes les expressions métaphoriques, pour voir concrètement quel rôle elles jouent dans la pensée juridique.

Nous pouvons rencontrer des expressions que les linguistes qualifient de *catachrèse*, et qui sont des métaphores obligées à cause de l'absence dans le langage d'un terme propre. Mais ces expressions qui ne sont pas ressenties comme des métaphores par les usagers, peuvent le redevenir dans le raisonnement.

C'est ainsi que Descartes parle de l'enchaînement des idées, ce qui, pour lui, n'est certainement pas ressenti comme une métaphore. De là, il passe à la chaîne des raisons, qui n'est pas plus solide que le plus fragile des chaînons. Mais cette conclusion n'est que la conclusion d'une analogie, ce que l'on ressent d'autant plus vivement si, comme je l'ai fait dans un de mes articles, l'on oppose au raisonnement déductif, semblable à une chaîne, une argumentation qui est comme un tissu, qui est infiniment plus solide que chaque fil qui entre dans la constitution de la trame.

Quand on oppose une métaphore à une autre, on voit qu'il s'agit de raisonnements par analogie, dont la structure peut d'ailleurs se compliquer par le fait que l'on adapte et que l'on modifie bien souvent le phore de l'analogie pour mieux rendre compte du thème qu'il doit mieux faire comprendre ⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁶⁾ Voir à ce propos: Ch. PERELMAN, L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation*, 2^e éd., Bruxelles, Editions de l'Institut de Sociologie, 1970, pp. 499 à 549, ainsi que Analogie et Métaphore en science, poésie et philosophie, *Revue Internationale de Philosophie*, 1969, pp. 1-12.

M. A. GIULIANI

I wish to remark on the observations of prof. Perelman, who has requested additional examples of metaphors empirically taken from the legislative language of the codes. I realize this was a defect in my report and I hope to benefit from this suggestion. I will now enumerate some examples I have taken from the Code civil: 'quasi contractuel', 'quasi delictuel', 'exploration corporelle', 'jouissance de droits', 'rectification des actes de l'Etat civil', etc. But, to make my point more clear, I would like to insist upon my principal thesis: the reduction of the normative language to the field of commands seems unacceptable to me. The language of the written law is only one of the many interacting normative languages. In this field I would also consider the language of the scientific jurists, the legal aphorisms and the legal standards which cannot be eliminated by the statutory interpretation. It is enough to think of the dictum of Judge Holmes that law is not logic, but experience.

The legal language — as the metaphorical language — is a natural and ordinary one. Since the metaphor bridges the gaps within the language, it could be considered a type of catachresis, as stated by prof. Perelman. We could add that if the metaphor is a fiction to bridge the gaps within the language, then the legal fiction in its classic sense is a metaphor to bridge the gaps within the law: and with this in view the old thesis of the relation between law and language could be reevaluated. Undoubtedly we are unaware of the metaphorical aspect in the legislative language: the codified legal system itself presupposes the never-to-be-attained ideal of uncontroversial terms.

In effect I consider above all the problem of legal language from the point of view of the jurists. But as the legislative language presupposes that of the legal science, it participates in this metaphoricity on a smaller scale. The legal language — like ordinary language — is metaphorical; the metaphor must be justified: and the aim of the dialectic is to correct the metaphor, adapting it to the nature of the case. As we have

said in our report, Aristotle offers in his *Topics* an interesting application of this method; for example: the maxim 'law is the measure of that which is just for nature' is in reality a metaphor, and it is rejected not for its metaphoricity, but for how much it implies a quantitative approach to the problem of justice. The analysis of the metaphorical language has, in short, the same philosophical value as the analysis of ordinary language. The dialectician does not pretend to eliminate the metaphor itself, but only those metaphors based on irrelevant similitudes. And the dialectic is a logic modeled after the techniques of legal reasoning. The legal positivism has obscured the issue, restricting its attention to legislative language. But the constituent ambiguity and metaphoricity of the legal language have value in how much they permit the adaptability to new situations, not foreseen by the legislator.

M. L. SILANCE

Voici les deux questions que j'aimerais poser à M. Giuliani.

1. Que faut-il entendre par métaphore ?
2. Quand l'expression utilisée en droit peut-elle être encore considérée comme une métaphore, même si son origine est métaphorique, si son usage technique a été défini par un texte juridique, par exemple: «flagrant délit» ou «dissolution du mariage» ?

M. O. WEINBERGER

I don't understand the thesis that the normative language is intermediary between the enunciative language and the expressive one.

M. A. GIULIANI

It is not easy to answer in such a short time to all the questions asked, but I will attempt to synthesize my thoughts. I agree with M. Silance that time diminishes the awareness of the metaphorical aspect in the legal language, gradually making it a technical, or semi-technical language. But its latent metaphoricity reemerges in cases of controversial issues. Let us take the example of the art. 1382 of the Code civil: «Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer». The term 'dommage' in the XIXth century was interpreted in its literal sense of 'dommage matériel'; but when the relevancy of the 'dommage moral' was questioned, the metaphorical aspect of the term 'dommage' became more clear.

I would like to stress another point: the agreement of the meaning of terms is the result of the efforts of the legal science. Because of this, it is necessary to consider the formation of the legal language from the metaphor to the definition. The worst faults spring from the lack of awareness of this metaphorical aspect, which mistakes fiction for reality, and legal definitions for real ones. The metaphor is not a demonstration, but a resolution, a choice that is not rational, but reasonable, and belongs to the domain of practical reason. The metaphor cannot be tested on the criteria of true — false logic; therefore I would define it as a reasoning based on relevant similitudes. The error in this reasoning is not in the use of figurative language, which cannot be eliminated, but rather in its abuse, derived from irrelevant and misleading similitudes. And the dialectic, considered as the logic of relevance, is the logic of the figurative and metaphorical languages.

The observation of prof. Weinberger is perhaps connected with the belief that the normative language, when considered figuratively, ends in the domain of irrationality and emotivity. On the one hand I recognize a certain similarity between the scientific and normative languages; on the other hand I think it detrimental to separate the logical and figurative discourses. I would again like to insist that there is a logical element in the

expressive language, which therefore serves as a communicative purpose. Aristotle uses the term 'metaphor' in *Poetics*, but in *Topics* he uses it reluctantly and prefers the term 'similitude'. I could elaborate on my point speaking of 'similitude' instead of 'metaphor'. But, if we accept the distinction between 'cognitive' and 'expressive' metaphors proposed by prof. Perelman, the use of the 'metaphor' can be maintained unambiguously.

My interest is not in the ornamental figures, but in the logic of the figurative language. The reasoning based on the similitude is characteristic of both the juridical and metaphorical reasonings. The argumentation 'a simili' considers the peculiarity of the case, and has no systematic pre-constitution. It seems important to me to stress the difference between 'similitude' and 'analogy'. In medieval law this distinction is very important; we here find the conflicting concepts of 'similis ratio' and 'eadem ratio': the former is more connected with the techniques of rhetoric and dialectic; the latter with the techniques of formal logic. The modern concept of legal analogy aims at identity (eadem ratio), not at similitude: it is modeled after the concept of analogy, which developed with the problems of science.

The medieval legal science before the XIIIth century offers an interesting model of legal logic based on the primacy of the argumentation 'a simili', which agrees with the controversial conception of the legal science. From this viewpoint the 'interpretatio iuris' consists of the research of the 'just' solution of a case, and the normative text is simply an auxiliary: the rule proposed in the 'Corpus iuris' is conceived as a precedent, a standard and an argument. The field of the normative language is extended to proverbs and aphorisms, as proved by the predominance of the last book of the Digest (*de diversis regulis iuris antiqui*), which is considered a collection of legal 'topoi'.

At the end of the XIIIth century the School of Orléans adopted a rationalistic philosophy of language and grammar, thereby eliminating the metaphorical and figurative elements in legal language. It is mainly under its influence that the argumentation 'a simili' is devaluated, causing the following deve-

lopments: a) the primacy of the 'eadem ratio' becoming the foundation of the modern concept of legal analogy; b) the legal reasoning constructed as a syllogism; and c) the 'interpretatio iuris' considered as the interpretation of the legal text. These tendencies which the continental jurists have inherited, have their roots in the realistic and nominalistic doctrines, both of which, despite their dissension, ended up rejecting the social dimensions of the language.

In conclusion I should like to state that the different ways of conceiving the normative language are a reflection of the controversy on legal logic. It seems to me that if we ignore the formative process of the legal language, the metaphorical aspect is eliminated, but only in appearance (because the worst errors spring from the lack of awareness of this aspect). I realize that every metaphor has emotive connotations, but I maintain that the elimination of this element is only possible through a type of dialectic research, which the legal science attains through organizing the controversial issues and overcoming the dissenting opinions. We are in the field of opinion, and if all jurists agree at the end of a collective work of research, the agreement is just a substitute for a reality unattainable in the domain of law.