NOUVELLE RHÉTORIQUE ET DROIT NATUREL (1)

Michel VILLEY

Je vous remercie d'autant plus de votre invitation qu'égoïstement je compte en profiter pour éclairer ma religion relativement à ce qu'on appelle l'Ecole de Bruxelles, et sur la «Nouvelle Rhétorique», qui est sortie de chez vous. C'est probablement la suprême bêtise pour un conférencier: d'entretenir son auditoire de ce que l'auditoire connaît mieux que lui.

Qu'est-ce que vous direz tout à l'heure? Que je n'ai pas compris? Je prends le risque.

Et comme il n'y a pas de discussion sans un point d'accord, je commence par préciser qu'au Centre de philosophie du droit de l'Université de Paris, nous avons reçu généralement les thèses dites de l'Ecole de Bruxelles. Non pas nous tous. Nous ne constituons pas plus que vous un bloc monolithique — je ne crois pas que ce soit le cas de mes amis Kalinowski et J.L. Gardies — mais bien la plupart d'entre nous, surtout les juristes ou les historiens du droit. Je dirai même que nous y avons adhéré avec enthousiasme.

Avec vous nous voici sortis, affranchis de ce mythe, que tout le droit viendrait de la loi; d'autres arguments précèdent la sentence, et même en nombre indéfini. Et je partage absolument votre conviction que le cœur de la méthode du droit — de la logique du droit au sens large — est un art de la *controverse* — comme dit notre ami italien M. *Giuliani*. Ou d'une «Nouvelle Rhétorique»? Ou l'appellerons nous *Dialectique*? A vrai dire, j'avais proposé d'abord à M. Perelman comme titre de cet exposé: *Dialectique* et Droit Naturel. M. Perelman m'a conseillé d'écrire: Nouvelle Rhétorique. Il est possible que je récidive. Ce qui va suivre constituera une méditation sur la *dialectique* (2). Au sens ancien d'art du dia-

(1) Conférence faite au Centre National de Recherches de Logique, mars 1975.

(2) Cf. notre article: Redécouvrir l'art du dialogue, Pérouse 1975.

logue; mais cette différence de mots n'est peut être pas capitale.

Enfin, à tort ou à raison, je me tiens pour un partisan des thèses venues de Bruxelles. Je crois vous suivre sur l'essentiel.

Pourtant dans ce que j'ai lu de vous, quelques points me chiffonnent Comme nous sommes dressés à Paris, pour l'agrégation en droit, à faire des plans en deux parties — je vais les réduire au nombre de deux:

1°) Il me semble relever dans la doctrine de M. Perelman une tendance à confiner la fonction de la Dialectique, ou de la Nouvelle Rhétorique, dans le champ de la *pratique*. M. Perelman me paraît instituer une opposition entre d'une part la théorie, la connaissance théorique, lieu de la recherche de la *vérité* (ici trouveraient à s'appliquer les modèles de la logique formelle et la Raison proprement dite) — d'autre part le domaine de l'*action*, où ce n'est plus la vérité qui est poursuivie, mais d'autres valeurs comme l'utile. C'est ici qu'entretraient en scène l'argumentation rhétorique ou la dialectique — facteurs de «décisions raisonnables».

Il se peut que je résume mal, mais pour ma part j'hésite à suivre.

2°) Seconde réaction: je me trouve tout aussi perplexe devant ce que je crois être les positions de l'Ecole de Bruxelles — et alors de beaucoup d'entre vous — relativement à la notion du *Droit Naturel*. A vrai dire je croirais plutôt que cette notion vous indiffère, que tout simplement vous le traitez par prétérition.

Ce n'est pas vrai de vous tous. Il y a un article célèbre de M. le Recteur Foriers sur le «droit naturel positif» que je rencontrerai sur ma route. Je n'ai pas l'impression que cet article marque une adhésion au Droit Naturel.

Voici ce que je lis chez M. Perelman, *Droit, morale et philosophie*, p. 100:

«C'est un fait, contrairement aux thèses positivistes, que dans les décisions judiciaires des notions sont introduites qui relèvent de la morale, certaines ont été fondées, *dans le passé* sur le Droit Naturel, que l'on considère plus modestement aujourd'hui comme conformes aux *principes généraux du droit*».

J'en conclus que M. Perelman relègue dans le passé cette expression métaphysique, et qu'aujourd'hui on remplacera avantageusement par: *principes généraux* du droit; ou croyances morales existant *en fait* et qui se trouvent tenir un rôle dans la rhétorique judiciaire; idéologies existantes; ou «Droit naturel positif.»

Telle n'est pas l'idée que je me fais ni du champ de la dialectique ni des sources du droit. Et pour ma part je me propose de développer devant vous les deux propositions suivantes, d'ailleurs identiques à mon sens:

1°) la dialectique est essentiellement l'instrument de la spéculation *théorique*

2°) la dialectique est l'instrument du *Droit Naturel*. Je laisse à la fin de justifier l'opportunité de ces réflexions, je m'en excuse, excessivement théoriques.

*
**

SUR LA «DIALECTIQUE»

Ma première proposition vous a paru un paradoxe — parce que la méthode *dialectique* (dans le sens ancien du mot dialectique) — si méconnue depuis Descartes et qui avait été expulsée de la philosophie moderne — après l'avoir pour commencer pressentie sur d'autres terrains (dans la «*Théorie de l'Argumentation*»), il se trouve que c'est dans le *droit* que vous l'avez redécouverte, et le droit paraît ressortir au domaine de l'action.

Pour un HISTORIEN au contraire elle me paraît une évidence. Pardonnez moi, cette conférence portera d'abord sur

l'histoire — bien que l'histoire ne soit pas à la mode en France. M. Haby, notre ministre de l'Education Nationale, cherche à l'expulser des lycées français. Mais on peut encore espérer rapporter quelque chose d'utile d'un voyage dans le passé, d'utile même pour l'intelligence de la logique du *droit*.

Vous savez que cette méthode — dite dialectique ou rhétorique — Aristote l'avait présentée dans ses *Topiques*; et c'est de la philosophie qu'il tire ses principaux exemples. Les philosophes étaient appelés autrefois des «dialecticiens». Je ne crois ici aucunement contredire M. Perelman, le «*champ de l'argumentation*» s'étend à la philosophie. Bien loin de soutenir un paradoxe j'enfonce plutôt une porte ouverte. Seulement, puisque la porte est ouverte, je vais y entrer.

Je noterai que c'est dans le champ de la théorie que prit racine la dialectique. Bien sûr, je n'entends pas ici par le mot *théorie* ces constructions artificielles des savants modernes — qui ressortissent évidemment de la logique formelle, et qu'improprement ils nomment *théories*. Nous restituerons à ce terme sa signification ancienne, classique, point encore périmée, d'effort de spéculation, de vision du monde extérieur. Effort pour connaître ce monde avec *vérité*. Et à nouveau j'use ici du mot *vérité*, non pas dans le sens qu'il a pris pour l'idéalisme moderne, concordance d'une proposition avec une autre proposition, mais concordance de notre esprit ou de nos discours avec les choses — représentation fidèle dans l'esprit de la réalité, *adequatio intellectus ad rem*. Je suis en train de faire de l'histoire et vous m'excuserez de m'inspirer d'une philosophie réaliste.

C'est sur le terrain de cette recherche réaliste de la vérité qu'apparut la nécessité de l'invention de l'art dialectique. En effet, si nous postulons que l'objet que nous cherchons à voir, à connaître par la théorie, c'est un monde réel extérieur à notre conscience, transcendant à notre conscience, la tâche est beaucoup moins facile que s'il s'agissait de comprendre des idées. Cette réalité extérieure, tenue pourtant pour structurée et intelligible, est un mystère inépuisable. Il ne saurait être

question de la saisir exhaustivement. Pour un philosophe réaliste, la vérité ne peut jamais être qu'un objet de recherche, d'approche plus ou moins imparfaite. Elle n'est qu'un pôle inaccessible.

En effet la chose réelle, nous ne saurions en percevoir jamais que des parties. Comme disait Husserl, on ne verra jamais d'un cube que trois de ses côtés sur six, que des «profils», que des aspects. Et encore l'exemple de Husserl est insuffisant. Un cube est un objet abstrait et géométrique, que je puis concevoir exhaustivement en le *construisant*. La multitude des aspects est beaucoup plus considérable, et infinie, s'il s'agit d'un objet réel. Et donc, disait toujours Husserl, il faut *faire le tour* pour approcher de la vérité sur la chose, sans jamais l'atteindre — enfin c'est là la position d'un philosophe réaliste — il faut confronter ces points de vue divers que l'on a sur la chose, divers et même inépuisables. Jamais nous n'en aurons vu le tout.

Un des auteurs qui m'ont aidé, au moins je l'imagine, à mieux comprendre les raisons de la dialectique — (pour le moment je me permets une excursion très éloignée du domaine du droit) — c'est *Proust*; Marcel Proust, qui fut le type du *spéculatif*, inapte à l'action, insoucieux d'action. Je me rappelle une conversation avec un spécialiste de Proust, et tous deux nous nous entendons pour classer Proust — ce qui d'ailleurs est aventureux — parmi les adeptes du réalisme. Je n'en mettrais pas ma main au feu, mais Proust, avide de comprendre, de saisir la vérité du monde, en fait inlassablement *le tour*. Madame de Guermantes lui apparaît sous divers aspects successifs: une châtelaine médiévale, descendante de Geneviève de Brabant, une mondaine élégante, spirituelle, une épouse trompée, une sottise. Il décrit tous les changements de la mer à Cabourg, désespérant de se faire de ces choses une idée unique. Finalement il n'y arrivera pas, ou c'est ailleurs qu'il trouvera ce qu'il appelle l'*essence* du réel.

Cet exemple était imparfait. Parce que Proust est un solitaire, un de ces écrivains modernes qui travaillent seuls, hommes du nord, des climats froids; il travaillait dans une chambre tapissée de liège, et ne pratiquait — comme je l'ai lu quelque

part chez M. Perelman — qu'une sorte de «discussion intime». Pour donner à la dialectique toutes ses dimensions, il faut se transporter en un temps où l'imprimerie n'existait pas — ni ce qu'elle nous a engendré, une culture livresque — émigrer en Grèce, dans le climat méditerranéen, dans les jardins des philosophes, où la recherche se faisait à plusieurs, dialogue véritable, exercice du véritable art dialectique.

Car, dès lors qu'était poursuivie — non pas la cohérence logique des propositions — mais la *connaissance* de la structure de la réalité, mettons par exemple de *ce qu'est l'homme*, de *ce qu'est une cité*, ou le courage ou la prudence, aucun savant ne se contentera de son expérience singulière, qui est misérable, dérisoire, il lui faut tenir compte aussi de l'expérience des autres, qui ont vu d'autres aspects de la chose, l'ont vue autrement, tenir compte de leur témoignage et même aussi des témoignages des auteurs passés. L'homme est un animal social, il vit avec d'autres, il ne peut connaître à lui seul. Donc confrontation d'opinions, c'est la dialectique, imposée par le souci de la *vérité*.

Et nous savons que cet art a ses conditions. Etant donné que toute discussion est par nature interminable, qu'on peut sans cesse y introduire de nouveaux arguments, c'est à dire invoquer, alléguer de nouveaux aspects de la chose (car les aspects du réel sont inépuisables); il s'imposera d'y mettre un terme artificiellement, de marquer une pause, de s'arrêter, de «conclure», au sens de finir (*concludere epistolam*). C'est ainsi que dans la Scolastique, au temps de St Thomas, il y a, à la fin de la séance de la *disputatio*, une *determinatio* du maître, espèce de conclusion provisoire. Vous admettez que la dialectique ne se termine pas par une conclusion logique, mais seulement par une *décision*, qui est en partie arbitraire, sans certitude apodictique; pour employer le langage de M. Perelman, on doit ici se contenter d'une décision «raisonnable». J'en suis d'accord. Mais est-ce qu'on ne doit pas décider aussi de questions *théoriques*? On ne décide pas qu'en vue de l'action, mais de la connaissance. Est-ce que la Russie Soviétique est un pays de liberté? Est-ce que l'on vit heureux en Chine? Voilà des questions théoriques, dont on discute dans

les cafés, sur lesquelles j'ai une opinion mais qui ne s'impose pas logiquement, pas plus qu'elle n'est vérifiable scientifiquement. Il a bien fallu que j'en *décide*.

Que sommes nous en train de faire ? De nous engager dans une discussion dialectique sur l'importance de la dialectique; pour savoir si les sciences disent tout, ont le dernier mot dans le jeu de la connaissance. Question dont vous me concédez qu'elle est extrêmement théorique. Question de vérité théorique. Peut être tout à l'heure en *déciderons* nous, bien qu'à ce sujet je ne nourrisse pas beaucoup d'illusion. Mais nous en traitons sur le mode dialectique.

Et c'est pourquoi la logique de M. Perelman a suscité mon enthousiasme, parce qu'elle est le régime *ordinaire* de l'intelligence dans la recherche de la *vérité*. Il n'y a pas que le droit — je n'accepte pas de n'être qu'un juriste (si même je puis m'honorer de cette étiquette). C'est en toutes questions disputées, de façon presque universelle, que cette logique constitue une libération des carcans de la logique formelle, et des fanatismes et de l'intolérance, de la fermeture de chacun sur son propre système, des systématismes; elle représente la modestie de l'intelligence, la richesse, l'ouverture d'esprit, dans la recherche de la *vérité*.

*
**

Je ne sais pas si j'ai jusqu'ici contredit M. Perelman. Sinon sur le sens de certains termes. Mais il me fera sans doute remarquer qu'Aristote, (puisque j'ai traité des origines de la dialectique) — et Platon lui même avant Aristote (dans l'*Euthyphron*) signale que la dialectique s'exerce dans le choix des valeurs, en vue de l'action. Et les discussions que tout à l'heure je prenais en exemple n'avaient-elles pas en vue l'action ? Si j'ai décidé que la Russie n'est pas l'empire de la liberté, c'est que j'ai besoin de décider avant d'agir, de voter pour M. Marchais. Je n'en crois rien. Pas plus que Proust n'est intéressé à connaître ce qui se cache sous le nom de Guermantes, nous n'avons pour le moment en France d'élections en perspective.

Reste il est vrai que pour agir la décision devient quelque chose d'absolument indispensable, et il faut autant que possible qu'elle soit raisonnable, appuyée sur la dialectique. Seulement dans la pensée classique — à laquelle j'entends me référer — il n'y a pas cette séparation, que nous a léguée notamment Kant, entre théorie et pratique. Par exemple, selon St Thomas, il n'existe qu'*un seul intellect* dont on peut faire divers usages soit pour connaître, contempler, et s'arrêter là, soit éventuellement pour agir. Car la volonté est conduite par l'intelligence. Autrement dit dans le processus qui mène à l'action — selon cette philosophie — il y aurait un premier *moment* de connaissance théorique: Est-ce que Dieu existe ou n'est pas ? Cherchons là dessus une prédécision théorique, et je déciderai ensuite si je dois l'adorer.

L'Éthique d'Aristote me paraît être essentiellement une œuvre théorique. On y *décrit* ce qu'est l'homme prudent, l'homme courageux, et l'amitié, et aussi ce qu'est l'homme envieux, l'ivrogne, le lâche; que signifie cette expression: homme tempérant, courageux, ami véritable: problèmes encore théoriques. C'est pour les résoudre qu'il faut nous mettre à plusieurs, confronter divers points de vue, et décider spéculativement. Tirez ensuite, si vous le voulez, des conséquences pour votre conduite.

Or c'est dès ce premier moment, moment théorique, moment de l'intellect, pas encore de la volonté, moment de recherche, de tension vers la vérité — sur les valeurs qui font partie de la réalité — que se justifie le recours à la dialectique. Et je ne crois pas dans ce qui précède m'être éloigné autant que vous êtes probablement en humeur de m'en faire le reproche, des problèmes du droit. Les remarques que nous venons de faire constituent une introduction à l'intelligence de ce que fut l'idée classique de Droit Naturel.

*
**

UNE PRÉSENTATION DU DROIT NATUREL

Je reviens donc au droit, peut être pas tout à fait au droit, je n'ai pas l'honneur d'être un praticien, à la philosophie du droit, et encore *ancienne* — je continue à faire de l'histoire — à cette vieille philosophie oubliée du *droit* naturel, cette vieille notion de droit naturel qui, j'en ai peur, vous indiffère.

Et je comprends que vous évitiez cette expression lamentablement équivoque. Seulement si l'on voulait se passer des termes équivoques — de ceux dont le dictionnaire Lalande dit: c'est un «mot à éviter» parce que polysémique —, on ne dirait plus rien. On n'oserait plus parler de nature, on ne parlerait plus de justice, ni de théorie, ni de vérité, ni de dialectique, ni de rhétorique; peut être même devrait-on chasser le verbe *être* de son discours, parce que ce que signifie le mot être est extrêmement controversé...

En fait de philosophie du droit — et je crois à l'instigation de M. Perelman — je me suis donné une règle: qui est de me défier par principe des doctrines des philosophes qui ont parlé du droit sans rien y connaître. Ils sont très nombreux, la plupart: ni Kant, ni Hegel, Comte, ni Marx, Heidegger ni Nietzsche, et ni autrefois la plupart des théologiens, n'eurent aucune expérience du droit. Ce qui ne les a pas empêchés d'exercer une large influence sur les théories générales du droit modernes et contemporaines et sur notre actuel enseignement universitaire. Je me garderai donc d'user de l'expression Droit Naturel dans le sens que ce terme a pris chez les moralistes modernes.

Mais comme nous revoici juristes, et que les Romains ont fondé le droit, parlons droit romain. Tout d'abord, une constatation: A Rome — et ensuite en Europe pour autant que les juristes restèrent attachés à la tradition romaine —, on ne trouvait guère de juristes pour mettre en doute l'existence et même l'importance du *droit naturel*. Mais que voulait-on dire par là ?

Nous avons lieu de présumer que ce vocable, même à Rome, avait des acceptions variées. Je laisse de côté les questions terminologiques, je m'en suis occupé ailleurs. Je crois que

pour les fondateurs de la science romaine du droit civil — du *jus civile* — cette philosophie du droit impliquait au moins deux idées: premièrement que le droit est une *chose* — réalité dans la nature, objet de recherche théorique — et deuxièmement, par cela même, que l'art du droit est *dialectique*. Nous autres qui avons été élevés dans la philosophie moderne, formés depuis notre plus jeune âge à une autre notion du droit, nourris de ce dogme que le droit consisterait en «règles de conduite» et pas en une réalité, nous avons du mal à comprendre. Reprenons ces deux points.

1°) Le droit à Rome, en tant du moins qu'il est *naturel*, n'est pas invention, construction artificielle de l'esprit humain. Le droit et la loi (aujourd'hui souvent confondus) appartenaient à des genres tout à fait distincts. A Rome le mot n'était pas synonyme de *loi*, comme il l'est devenu au contraire dans le langage des théologiens puis des philosophes modernes. Dans le Digeste livre I, vous avez deux titres distincts, titre 1: *De justitia et jure* (suivi du titre 2: *De origine juris*) et titre 3: *De legibus*. Aucune définition en forme qui confonde le *jus* et la *lex*.

Que signifiait donc le mot *jus*? Eh bien, c'est pour nous surprenant et difficile à digérer, dans ces définitions classiques, le droit est d'abord présenté comme une *chose*, *id quod justum est*, *res justa*, comme pour les Grecs le *dikaion*, terme neutre, est évidemment quelque *chose* — Ou plutôt un ensemble de *choses* le mot se met volontiers au pluriel. Dans le Digeste, titre 1, ce qu'on appelle les *jura*, c'est par exemple le mariage, les conditions sociales distinctes — les limites des champs, la servitude, l'affranchissement des rapports sociaux inhérents au groupe politique.

Toutes ces *choses* que l'on appelle droit ont une existence préalable aux règles écrites qui les expriment. Un texte bien connu du Digeste (50.17.1) nous dit que c'est du droit existant qu'on tire la règle juridique: *Ex jure quod est regula fiat*. Avant qu'on l'exprime dans les lois, le droit *est*, au sein de la société, et même, d'après un autre texte, dans chaque cause

particulière: *jus in causa positum est*. Il est, non dans un monde verbal, ou de propositions, et pas non plus dans un monde d'idées séparées, désincarnées, platoniciennes, mais dans le réel, dans la nature. C'est en cela qu'il est *naturel*: *Dikaion phusikon* — *Jus naturale*...

Mais à ce moment, nous risquons des malentendus, et sommes contraints de faire un peu d'histoire de la philosophie. Il faut se souvenir que le mot *être*, dans la philosophie ancienne — du moins aristotélicienne — n'est pas «univoque». Comme le dit souvent Aristote, *être* «se prend dans plusieurs sens». L'*être* que constitue le droit n'est pas toujours un être «en acte» — c'est à dire pleinement réalisé, rendu effectif — comme sont les «faits» qu'étudie la science moderne. Plus souvent il n'est «qu'en puissance». De même qu'une fleur n'est pas toujours à son état d'épanouissement, de réalisation parfaite, mais on la voit successivement germer, croître, s'étioler, mourir — de même à Athènes, la constitution, l'espèce d'ordre social adapté à la situation du peuple athénien, — système de rapports entre les magistrats, le peuple, les riches et les pauvres — à certains moments peut être observée. Mais il arrive plus fréquemment que cette juste constitution ne soit pas atteinte, mais se cherche, ou bien disparaisse sous les coups de la démagogie, de l'oligarchie, de la tyrannie, ou du conquérant étranger.

A Rome les «bonnes mœurs» — les «*boni mores*», qu'allèguent si souvent les juristes, sont loin d'être toujours respectées. Elles ne sont pas toujours «en acte». C'est un objet flou et mouvant. Cela ne les empêche pas d'avoir une sorte d'existence naturelle.

Je crois que ce point est capital. On ne saisit pas sans cet effort de philosophie que pour les Romains le droit est d'abord objet de *connaissance*, de connaissance «théorique». Il est une chose que l'on contemple, qu'on cherche à saisir. Le discours juridique romain n'est pas fait originellement de normes prescriptives d'action, de conduites à tenir (obligatoires, permissives, ou interdictives), mais il s'exprimait d'ordinaire à l'indicatif. Ulpien écrit dans le Digeste que la science du droit procède d'une connaissance du réel (*notitia rerum*, sur quoi

le juriste dit «le juste ou l'injuste» — D. 1.1.10). Considérez, dans la procédure romaine, la formule de l'*intentio*. Vous vous rappelez que l'*intentio*, terme pris à la rhétorique, définit le problème du juriste, le point sur lequel porteront la recherche et le discours du droit. *Si paret rem Auli Agerii esse*. Le juriste est prié de chercher si la chose est à tel ou tel — quel est le partage des choses, dans l'ordre de la cité romaine.

A mon avis l'erreur majeure des déonticiens — j'entends de ceux qui croient susceptibles de s'appliquer à l'art du droit la logique formelle «déontique» — est de méconnaître ce caractère spécifique du discours du droit: il se déroule à l'indicatif, une certaine sorte d'indicatif. Le premier moment de l'art du droit est une connaissance théorique. Dans le jeu de l'intellect pratique, de l'intellect à usage pratique, il faut commencer par connaître et par spéculer, avant de se jeter dans l'action ou les règles impératives. Moment de la recherche sur cette chose, le *droit naturel* existant. Quand même cette philosophie serait extrêmement éloignée de nos habitudes.

2°) J'arrive alors au second point. Un second trait de la philosophie ancienne du droit naturel, est qu'elle impliquait le recours à la *dialectique*. La méthode du droit naturel est, nécessairement, dialectique. Cela s'ensuit du caractère d'abord *théorique* de la discipline du droit. Car puisqu'il s'agit de saisir cette chose qu'est le droit dans la nature, ou même au sein de chaque affaire — le *jus in causa* —, cet être fait de valeur incarnée dans le monde réel, mais qui n'est pas toujours en acte, point immédiatement saisissable — cet objet social qui dépasse les premières visions qu'en acquiert chaque individu —, il s'impose d'en faire le tour, de confronter ses divers aspects, les points de vue des uns et des autres, pour nous élever progressivement à une intuition plus complète. Je n'ai pas besoin de vous apprendre que la méthode des juristes romains — et des juristes de l'Europe élevés dans la même tradition — fut en effet controversiale. Cela a été démontré par GIULIANI et par bien d'autres — et la meilleure illustration des thèses de l'Ecole de Bruxelles, elle est dans l'histoire du

droit, et pour commencer dans l'histoire de la jurisprudence romaine. Les jurisconsultes ont construit la science juridique romaine en procédant par *quaestiones*, *disputationes*, confrontations des opinions des uns et des autres.

Toute la structure du droit romain me paraît d'ailleurs reposer sur sa procédure dialectique: y compris la place qu'y tiennent finalement les sources «positives» (Gaius 1, 2). Je m'explique: Nous avons noté qu'il est de l'essence de toute discussion dialectique de se conclure par une *décision* comportant une part d'arbitraire. Puisque la vérité totale sur la chose est inaccessible, jamais parfaitement saisissable, que la discussion risquerait de se prolonger à l'infini, il faut trancher. Et dans le droit, cela s'imposera d'autant plus que tout le travail des juristes se doit de déboucher dans l'action. La connaissance est ici à *usage* pratique. Elle doit aboutir. Et aussi, pour la même raison, étant donné que la décision doit être efficace, obéie, elle a cet autre trait spécifique de procéder, non plus d'un «maître» (comme dans les école médiévales de théologie), mais d'une autorité publique. Il n'est de droit au sens plein du mot que dans une cité organisée, pourvue de magistrats ou d'organes pourvus du pouvoir de décision. C'est ce qu'enseignait Aristote, et qu'avaient parfaitement compris les fondateurs de la science romaine du *jus civile*: le droit romain est d'abord né seulement comme droit dans la cité (1).

Ainsi donc naissent, comme conclusions de recherches dialectiques, dans chaque *cas* les sentences des juges; et, parce qu'il faut guider les juges, les équiper de règles générales, les «sentences» des jurisconsultes; ou même les *lois* proprement dites, beaucoup plus rares en droit romain et qui, discutées sur le Forum, relèvent à vrai dire d'une procédure assez différente; l'ensemble du «*droit positif*», dont jamais les auteurs classiques n'ont nié l'importance. Mais voici le point précisément qui nous intéresse: sans se prétendre rationnels, (c'est à dire déduits logiquement de principes *a priori*), ces textes de droit positifs ne sont pas totalement arbitraires. Ils sont, comme vous dites, «raisonnables». Mais pourquoi, d'où vient leur

(1) cf. notre *Précis des philosophie du droit*, Dalloz 1975, p. 98.

valeur ? De la controverse dialectique qui les précède et dont ils sont la terminaison. Ce n'est pas encore assez dire. Leur valeur de vérité se fonde sur ce qu'ils étaient le dernier acte et l'aboutissement, d'une recherche *théorique* portant sur le *droit naturel*.

*

**

Il en ira différemment quand la philosophie moderne — et d'abord la théologie — perdront le sens de cette union de la théorie et de la pratique. Quand s'instituera le dualisme entre la pratique et la théorie, entre l'esprit et la nature — quand la pratique constituera un monde à part, monde autonome du *Sollen* séparé du *Sein* — et croira pouvoir se dispenser de la recherche de la *vérité*.

Le pragmatisme des modernes exclut la recherche théorique, mais se dévoue au service de buts, comme la vertu, l'exaltation de la liberté personnelle, ou l'utilité, la richesse; qu'il refuse de mettre en question. L'homme d'action fuit la dialectique. Morale et droit ont rejeté leurs anciennes sources naturelles pour devenir la *dictée* de la grâce ou de la Révélation divine, et par la suite de la Raison ou de la volonté humaines.

Ces disciplines se sont donné des prémisses aprioristiques. C'est de cette façon qu'un grand nombre de théologiens ont raisonné sur la morale, et certains d'entre eux le font encore. Ainsi du «*Tu ne tueras pas*», ils affecteront de conclure qu'il nous faudrait mettre en prison les femmes qui se font avorter. Bien que je sois traditionaliste et pas du tout admiratif de l'avortement, je pense que c'est là exploiter la loi divine révélée dans un sens qui n'est pas le sien. «*Ecoute, Israël*» n'implique pas que la Bible puisse servir de prémisses à des syllogismes.

Ou bien on se donnera pour prémisses de la règle de conduite morale, la «loi naturelle» de St Paul — arbitrairement mise en formules — qui bientôt deviendra la *Raison* — les

prétendus impératifs de la *Raison pure pratique* — l'Impératif catégorique. Et dans le droit, finalement, on en est venu à tout déduire des lois de l'Etat, en affectant de fonder leur autorité sur le mythe du Contrat social.

Autant de fictions: il est clair que dans cette philosophie pratique qui nous amène au légalisme, au positivisme juridique, on a perdu le souci de la *vérité*. On ne poursuit plus que d'autres valeurs — pragmatiques. Pour fonder les règles de conduite ou les solutions judiciaires, on recourt au mensonge — nous dirons, avec plus d'indulgence, au *mythe*; additionné des déductions qu'en tire la logique formelle. Enfin tous ces vices que n'a cessé de dénoncer M. Perelman.

*
**

Car pour finir, je reviens à l'école de Bruxelles. Vous avez eu la patience ou la politesse d'entendre ce discours, mais je ne me fais pas d'illusion: l'idée ne vous prend pas de revenir au droit naturel d'Aristote, à supposer que telle ait été en effet sa philosophie.

Je ne crois pas devoir faire exception pour M. FORIERS, auquel nous devons la défense et l'illustration d'un nouveau type inattendu, surprenant, de droit naturel, dit «droit naturel positif». M. Foriers dans son article montrait parfaitement les insuffisances du positivisme légaliste: il est tout à fait faux que la loi soit l'unique source du droit, comme on nous l'enseignait naguère, et qu'il résultait des anciennes doctrines du Contrat social. Mais le fait est que la solution judiciaire a d'autres sources, et dépend en particulier du flux des opinions latentes à chaque moment dans le groupe, à partir desquels sont forgés ce qu'on appelle communément les «principes généraux du droit». L'un des mérites de votre école est d'avoir remis en lumière le pluralisme des sources du droit, ou, pour mieux dire, des arguments utilisés dans la discussion judiciaire. Mais comme ces idéologies qu'observerait une science «positive», n'ont rien de naturel, ni prises en elles mêmes ne sont juridiques, j'accepte le fond des analyses de M. Foriers,

mais n'ai pas encore compris qu'il y ait accolé l'étiquette de droit naturel.

Vous n'êtes pas jusnaturalistes. Donc, je plaide une cause impossible, même désespérée — puisqu'à ma connaissance jamais on n'a vu un conférencier faire admettre à son auditoire ce dont l'auditoire n'était pas convaincu d'avance. Et cependant ces propos que je viens de tenir, qui vous ont paru à vous autres esprits positifs inutilement spéculatifs, n'étaient pas du tout sans rapport avec vos travaux de méthodologie juridique. Je ne crois pas qu'il soit possible de réformer la logique du droit sans du même coup renouveler toute la *philosophie* du droit. Les deux choses sont solidaires: à chaque idée que l'on a du droit et de ses sources répond une méthodologie. Quand vous vous bornez à l'étude et la description du raisonnement juridique, j'ai l'impression que votre œuvre demeure incomplète, s'arrête à mi-chemin. Et j'attends maintenant votre contradiction...

*
**

POST SCRIPTUM

... Telle que je viens de l'esquisser, la doctrine du droit naturel pourrait à mon sens apporter à la Nouvelle Rhétorique un fondement philosophique, peut être aussi un complément.

1°) *Fondement philosophique*

Pourquoi la logique juridique n'est elle pas — vous l'avez prouvé — logique déontique formelle, mais d'abord et surtout un art de la controverse dialectique ? Il est possible de fonder cette logique de la controverse sur une définition du droit.

Mais il vous faut ici choisir entre deux systèmes de philosophie.

a) Ou bien nous resterons attachés à l'espèce de philosophie triomphante à l'époque moderne, au *dualisme* des modernes, qui institue une séparation entre la nature et l'esprit, le *Sein* et le *Sollen*; nous tiendrons le droit pour un produit de l'élément spirituel, en «lutte contre la nature», qui impose sa loi à la nature. Notion *idéaliste* du droit. C'est ainsi que successivement l'ont entendu la plupart des théoriciens de l'Europe moderne et contemporaine: ils ont voulu que le droit procède de la Loi divine révélée — ensuite de la Raison humaine (dans le jusnaturalisme moderne), ou bien encore de la Volonté des citoyens ou du prince qui les représente (dans l'école du Contrat social et le positivisme juridique). Il importe peu qu'aujourd'hui d'autres écoles aillent chercher l'origine du droit dans la prétendue «volonté collective» du groupe social ou de classes sociales dominantes. Toujours c'est la même philosophie. Le droit demeure une production artificielle de la Pensée...

Mais alors il devrait s'ensuivre que le droit, œuvre de l'esprit humain, tende à se modeler sur les formes préférées de la logique humaine. Dans la philosophie moderne, le droit tend inmanquablement à la forme systématique. Il vise à devenir système, «ordre normatif» homogène. C'est sa manière de «progresser». Je sais bien qu'on n'y est pas encore parvenu: ni les grands ouvrages ordonnés à la mode géométrique du jusnaturalisme moderne, ni les traités de dogmatique du XIX^{me} siècle, ni les plus récentes entreprises du sociologisme ne furent des succès. Vous l'avez montré. Cela n'empêche que la pensée juridique moderne ne continue à s'efforcer vers cette espèce d'idéal.

C'est pourquoi dans les discussions qui vous opposent aux partisans d'une logique juridique formelle, votre triomphe pourrait n'être que très provisoire. Jusqu'aujourd'hui, les faits sont en votre faveur. Mais en sera-t-il ainsi demain? Peut-être demain quelque inventeur d'une nouvelle théorie du droit parviendra-t-il à transformer le droit en système déductif. Il suffirait encore une fois de changer de prémisses, de substituer aux principes de Hobbes, de Pufendorf, de Locke, de Kelsen (dont la faillite est manifeste) d'autres axiomes, d'autres

formules générales de la justice, comme par exemple en Amérique s'y est essayé M. RAWLS. C'est la hèse de Jean-Louis GARDIES, bien que ses recherches soient orientées vers de tout autres solutions que celles de M. RAWLS. De la même façon, écrit-il, qu'Euclide a rendu rationnelles les mathématiques, ainsi serions nous à la veille de la découverte des principes d'un droit rationnel, Et si par hasard il réussissait ?

b) Dans la philosophie classique du *droit naturel*, le droit n'est pas un commandement de l'homme à la nature, construction d'autant plus parfaite qu'elle est rationnelle, afin que s'accroisse le triomphe de la Raison sur la nature. Il est une chose de la nature, un donné qui s'impose à l'homme, transcendant à l'esprit de l'homme, jamais parfaitement saisissable mais qui toujours conservera sa part de mystère, objet d'une recherche. Et quand nous cherchons à connaître cette réalité, nous ne saurions échapper à l'obligation d'additionner, de confronter ces visions diverses acquises tout d'abord à partir de points de vue divers (*supra* p. 5).

Nous comprenons alors qu'il est de l'essence de l'art juridique d'utiliser l'instrument de la controverse; qu'il existe un lien nécessaire entre l'invention de la sentence ou des règles générales du droit et la controverse juridique. Est fondé philosophiquement le langage dialectique du droit.

Mais, comme je ne serais pas étonné que ce premier point vous laissât sceptiques — sans doute jugez vous suffisant d'appuyer votre théorie sur une description purement scientifique de l'état de choses contemporain — j'en ajoute un second.

2°) Complément

Il concernera la nature de la controverse juridique. Car il y a différentes manières de l'analyser, on peut lui affecter plusieurs dénominations.

a) Dans votre école, on la qualifie de Rhétorique, *Nouvelle Rhétorique*. J'ai déjà dit que cette étiquette ne me satisfait qu'à moitié. Je crois y trouver un relent de *positivisme*, de positivisme scientifique. Or il me semble que tout autant que le positivisme légaliste le positivisme scientifique doit être aujourd'hui dépassé.

Comme vous le savez, il était à la mode au siècle dernier d'expliquer la genèse du droit d'une façon quasi mécanique, comme résultat d'une lutte de forces. Telle fut la tendance de JHERING, lorsqu'il écrivait «Le combat pour le droit»; de MARX, prétendant rendre compte de l'histoire du droit par la lutte des classes etc... Il est certain que cette description ne manque pas d'une part de vérité. On pourrait la croire suffisante à rendre compte de l'essentiel pour la vie internationale, où c'est assez souvent la guerre qui fixe les frontières des Etats.

Vous n'en êtes plus là. Je ne pense pas que vous vous contentiez de cette analyse simpliste et quelque peu cynique des faits. Vous avez reconnu que le propre de l'art juridique est au contraire d'éliminer l'usage et même la menace de la force brutale. Les armes sont exclues du prétoire. Plus exactement les seules armes y seraient les discours, et pas n'importe quels discours; toutes les espèces d'arguments n'y sont pas admises mais la rhétorique est canalisée par un ensemble de coutumes ou de règles procédurales. D'après l'enseignement de M. Perelman, le débat judiciaire doit *tendre* à une solution qui soit acceptable par tous, parce que «raisonnable» (j'avoue ne pas trouver ce terme absolument clair).

Il n'en reste pas moins que pour vous, si j'ai bien compris, la décision de droit résulte d'une lutte d'avocats, chacun acharné à défendre sa propre cause, ses valeurs propres. Et la victoire appartiendrait au plus persuasif (si la Rhétorique est l'art de persuader); à celui des deux orateurs qui trouve à appuyer sa cause sur les lieux communs les plus forts: lois, précédents de jurisprudence, «principes généraux du droit», idéologies du groupe social en vigueur. Ou, quand la force des arguments des deux adversaires se balance, le procès pourra se terminer par un compromis. Car, entre deux causes rivales,

deux buts opposés, il n'est pas de réunion possible; mais seulement un intermédiaire, un moyen terme, un compromis, arrangement diplomatique dont se contenteront les deux parties: comme entre l'Égypte et Israël.

Tout ici encore me paraît dépendre d'un système de forces, de puissance effective des arguments, d'idéologies existantes en *fait* dans le groupe, dont joue l'avocat. Dans ces conditions je me demande si nous ne devons pas renoncer à la *justice* de la sentence — et, si tout l'art de l'avocat est de s'aligner sur les opinions dominantes dans le groupe, comme les modes de l'opinion sont excessivement changeantes, je n'arrive plus à m'expliquer cette relative stabilité qui caractérise un grand nombre de solutions et règles de droit.

b) Pour qualifier la controverse — judiciaire ou législative — d'où naissent les solutions de droit, j'ai préféré le mot *Dialectique*, bien que ce terme ne soit guère moins chargé d'équivoque. Je n'ignore pas qu'à travers l'histoire il fut entendu dans des sens extrêmement divers, et souvent, comme il arriva très vite que cet art dégénère, péjoratifs; et que c'est aller contre l'usage de l'associer à la méthode des jurisconsultes. Mais je propose de lui restituer sa signification première.

Ou du moins celle que lui attribuait en divers endroits Aristote. Selon les analyses des *Topiques* et de la *Rhétorique* d'Aristote, le terme semble désigner une espèce d'échange de paroles, entrant dans le genre plus étendu de la *Rhétorique*, mais dont il s'efforce de le distinguer. La dialectique paraît relever d'un plus haut niveau de culture, a ses exigences spécifiques et ne devrait intervenir qu'entre interlocuteurs choisis. Dans les *Topiques* elle nous est surtout présentée comme l'apanage des *philosophes* qui, se libérant des soucis pragmatiques des hommes d'affaires, s'exercent à trouver les principes des sciences. Mais Aristote reconnaissait à l'art dialectique une sphère d'application plus large, elle peut, dit-il, nous être utile dans toutes «les affaires de la vie quotidienne». Et je suis persuadé qu'à Rome les jurisconsultes, sans la mention-

ner par son nom, pratiquèrent un art qui ressemble à la dialectique d'Aristote.

Le jurisconsulte romain, créateur du *jus civile*, est un personnage d'une espèce inconnue en Grèce, intermédiaire entre l'avocat et le philosophe. Son rôle n'est pas seulement de servir les intérêts de son client, il se dit aussi «prêtre de la justice», chercheur d'une «science» ou quasi-science du juste ou de l'injuste». Il donne lui même des «sentences» ou des *responsa* sur des problèmes juridiques. Et s'il fut l'inventeur du droit, ce n'est pas qu'il ait utilisé la *rhétorique* des Cicéron ou des Quintilien, mais une espèce de dialectique à l'instar du philosophe grec.

Quelles en étaient les conditions ? Pour que s'instaure un véritable débat *dialectique*, il faut qu'existe entre les joueurs un pôle d'attraction commun, une même tension qui les rassemble: comme, au jeu d'échecs les deux partenaires, au delà de la victoire de l'un ou l'autre, recherchent en commun la beauté du jeu. Avoir fait de la dialectique une puissance d'action, de mouvement, c'est la faute de Hegel et de Marx; alors qu'elle était originairement un outil de l'intelligence. Car les buts pratiques séparent, et de manière irrémédiable et définitive. Si je poursuis activement une certaine valeur, la réalisation concrète, la *Verwirklichung* d'une certaine idée de la justice que je me suis donnée à l'avance, rien ne saurait me faire changer d'avis et m'accorder avec vous même qui servez une cause différente; nous ne pourrions au plus que compromettre, conclure une paix provisoire, en convenant d'un certain partage arbitraire entre nos intérêts. Il est désespéré de s'entendre avec un marxiste qui est engagé dans une *praxis* contraire à la vôtre.

Le monde moderne pragmatiste, enfiévré d'efficacité, a méconnu cette évidence: des hommes d'opinions différentes ne sauraient s'unir que dans l'intention de dépasser la divergence de ces opinions, c'est à dire de se transporter sur le terrain de la recherche de la vérité *théorique*. Une conversion d'attitude nous est demandée: que chacun de nous, mettant de côté provisoirement la poursuite de ses intérêts, vise une connaissance désintéressée; changeant la forme de la question — nous

interrogeant sur ce *qu'est* le bien ou le juste, quelle *est* la juste répartition de nos biens respectifs. Notre seul espoir est de *suspendre* pour un moment la vie active, nous en remettant au tribunal de la spéculation théorique. Sinon, le dialogue ne peut aboutir à des résultats sincèrement acceptés par tous; et stables, comme furent les résultats de la science juridique romaine.

Sur la scène de la dialectique, il faut la présence, outre les interlocuteurs, et leurs discours, leurs arguments, leurs propositions normatives, d'un tiers personnage qui est la *chose* dont on cherche la *connaissance*. A quoi le discours se rapporte. Son propos n'est pas la conduite que visent les utilitaristes ou les moralistes modernes, mais la vérité sur cette *chose* qu'est le *juste* ou l'*injuste*, pour l'ontologie réaliste; cette chose ou ces *choses* qu'on appelait autrefois *jus naturale*. La clé de la logique de la controverse spécifiquement juridique est l'ancienne *philosophie* classique du droit naturel.

C'est trop demander. Je reste conscient de plaider une cause impossible. *Rhétoriquement* elle ne vaut rien, puisque je ne trouve à l'appuyer sur aucune idéologie, aucun des slogans insufflés au peuple par les *mass-media*. Ma thèse, au contraire, inspirée d'opinions anciennes, s'oppose à nos lieux communs d'aujourd'hui. Et peut être est-elle un scandale pour nos philosophes ? Mais ce n'est pas moi qui ait inventé cette proposition: que les philosophes ont «quelque chose à apprendre de l'expérience du droit». Elle est de M. Perelman. Ce à quoi me semble provoquer le spectacle de ce qu'est le droit pourrait être à une conversion radicale, en philosophie.