



Centre Perelman
de philosophie du droit

Université Libre de Bruxelles

<http://www.philodroit.be>

**Ébauche d'un cadre théorique
pour l'étude argumentative
de l'histoire de la pensée juridique**

Hugo Hardy

Série des Working Papers du
Centre Perelman de philosophie du droit
n° 2011/6

Comment citer cette étude ?

H. HARDY, *Ébauche d'un cadre théorique pour l'étude argumentative de l'histoire de la pensée juridique*, Working Papers du Centre Perelman de philosophie du droit, n° 2011/6, <http://www.philodroit.be>.

Ébauche d'un cadre théorique pour l'étude argumentative de l'histoire de la pensée juridique

Présentation générale de mon projet de recherche

L'objectif de mon projet de postdoctorat au Centre Perelman est de mieux comprendre le virage positiviste du XIX^e siècle en droit, c'est-à-dire l'abandon ou le rejet explicite du rationalisme juridique qui avait dominé le siècle précédent et la volonté de fonder une science « positive » du droit. Autrement dit, je cherche à comprendre, à partir du cas de la France et de la Belgique, comment et pourquoi le droit est devenu objet de science, et ce que cette transformation signifie du point de vue de l'histoire des idées et de la sociologie de la connaissance.

À cette fin, je voudrais mettre à contribution les méthodes d'analyse argumentative développées par Chaïm Perelman et son équipe du Centre national de recherche en logique (CNRL) pour l'étude du raisonnement des juges et des historiens. En effet, les théories du droit sont formées de textes argumentatifs comparables aux motivations des juges et aux démonstrations des historiens, et donc susceptibles, à première vue, d'être étudiées de la même manière. Tout comme Perelman et son équipe ont su rendre compte de la nature du raisonnement judiciaire et de la démonstration historique, je crois qu'on pourrait, grâce à leurs travaux, rendre compte de l'évolution de la pensée juridique.

Car ce que nous propose la théorie de l'argumentation de Perelman, c'est une manière de comprendre la solidarité des idées entre elles. Ce qui « force » l'adhésion de l'auditoire à un raisonnement donné, c'est cette interdépendance relative des idées qui fait que si l'on admet certaines propositions de départ (notions, faits, valeurs, présupposés, etc.), on est obligé d'admettre celles qui leur sont connexes. Les éléments d'un tel raisonnement ne sont pas formellement déductibles les uns des autres, comme en logique ou en mathématiques, mais entretiennent néanmoins entre eux une forme de solidarité. Transposée sur l'axe diachronique, cette idée suggère que des changements dans la manière de conceptualiser et de théoriser un objet (comme le droit) peuvent avoir leur origine dans des changements conceptuels plus fondamentaux. Un changement

conceptuel va de pair avec un autre : c'est la clé de l'approche que je souhaite développer pour l'étude de l'évolution de la pensée juridique.

L'application de la théorie de Perelman à l'histoire des idées juridiques, telle que je la conçois, consisterait donc, dans un premier temps, à repérer et rassembler les principaux changements conceptuels et argumentatifs sur une question donnée au cours d'une période donnée pour, dans un deuxième temps, identifier ceux qui, plus fondamentaux, auraient conditionné les autres. Il s'agit, en d'autres mots, d'apprécier l'évolution de la forme et de la matière d'un genre donné de discours sur le droit à l'aide d'une méthode d'analyse argumentative et comparative.

Théorie de l'argumentation et sociologie de la connaissance

Prenons tout de suite un exemple emprunté à Perelman.

Soit deux conceptions différentes de la démonstration philosophique : l'une où l'on se la représente comme une chaîne, dans laquelle chaque argument est un maillon; l'autre où l'on se la représente comme un filet, dans lequel chaque argument est un fil ou une maille. Ces analogies ne sont pas que des images ou des façons de parler. Employées dans un discours argumentatif, elles peuvent jouer un rôle important en restreignant ou en étendant les conclusions qu'on peut tirer d'un énoncé relatif à l'objet de cette analogie : dans le cas de l'analogie de la chaîne, on sera naturellement porté à considérer que la réfutation d'un argument suffit à invalider l'ensemble d'une démonstration philosophique (en rompant la chaîne), tandis que dans l'analogie du filet, la réfutation d'un argument affaiblira la démonstration sans l'invalider¹.

Supposons maintenant que ces deux conceptions se soient succédé dans le temps : les philosophes français, par exemple, se seraient longtemps représenté la démonstration philosophique comme une chaîne, avant de se la représenter comme un filet. Ce changement aurait déjà en soi une signification importante, puisqu'il témoignerait d'une évolution dans la manière de concevoir un même objet (ou s'agirait-il du même objet?).

¹ Voici un autre exemple de ce genre d'alternative analogique, trouvé au hasard d'une lecture : « Une phrase est, tous en conviendront, une construction; mais il ne faut pas concevoir cette construction comme une maison faite de blocs. Une phrase est plutôt comme une charpente, dans laquelle les articulations, les proportions, la correspondance des pièces et leur résistance propre se combinent pour former une armature solide. » (Jacques Barzun, *Simple & Direct*, 2001, p. 58; ma traduction.) Dans cet exemple-ci comme dans l'autre, les implications sont différentes selon l'analogie choisie (en l'occurrence, pour l'art de composer un texte).

Mais il aurait certainement eu aussi des répercussions appréciables sur une série de problèmes philosophiques (peut-être même qu'il en aurait aboli certains, ou qu'il en aurait créé de nouveaux). Le travail du sociologue consisterait alors à situer historiquement cette conversion chaîne/filet et à montrer comment elle a pu conditionner une transformation des démonstrations philosophiques elles-mêmes.

Cette notion d'*analogie* fait partie des notions de la théorie perelmanienne de l'argumentation qui pourraient, à mon avis, être utilement exploitées en sociologie de la connaissance. Son intérêt réside dans l'usage heuristique qu'on pourrait en faire dans la recherche d'une logique (au sens large) du développement historique des théories juridiques.

Trois autres notions ont retenu mon attention chez Perelman pour le projet d'une sociologie historique des théories du droit : celles de catégorie, de lieu commun et de notion confuse. Je passe sur la première, qui appartient déjà de droit à la sociologie et à la théorie de la connaissance en général, pour arriver immédiatement aux deux autres.

Chez Perelman, l'expression *lieu commun* renvoie à l'ensemble des valeurs, des croyances et des faits qu'un orateur peut raisonnablement présumer partagés par les membres de son public et qui servent de points d'appui à l'argumentaire de l'orateur (« orateur » et « public » valant ici tant pour l'écrit que pour l'oral). Ce sont en quelque sorte des présupposés de la discussion, des données que l'orateur suppose prises pour acquises par ceux à qui il s'adresse. Les lieux communs jouent ainsi le rôle d'axiomes : ce sont les éléments de la démonstration qui ne demandent pas justification ou qu'il n'est pas question de remettre en cause. En ce sens, une argumentation ne peut pas se passer de lieux communs; même s'il s'est donné l'objectif de contester de tels lieux communs, l'orateur devra nécessairement, s'il désire convaincre son auditoire, appuyer sa démonstration sur d'autres lieux communs. Ce sont des éléments fondamentaux de l'argumentation.

Du début d'un XVIII^e siècle rationaliste à la fin d'un XIX^e siècle positiviste, on est passé d'une époque où le projet d'une science descriptive du droit n'était pas du tout envisagé à une époque où un tel projet allait au contraire de soi et où c'est le projet d'une morale déductive qui est devenu pour ainsi dire insensé. Qu'est-ce qui explique que ce qui était impensable à une époque est devenu pensable à la suivante et que ce qui allait de soi autrefois s'est mis un jour à faire problème? Nous touchons ici, il me semble, aux lieux communs de la pensée juridique, c'est-à-dire aux présuppositions sur lesquelles repose tout le reste. Pour comprendre l'évolution des théories du droit, et surtout l'émergence

d'un projet comme celui de fonder une science objective du droit, je crois qu'il faudrait pouvoir en dégager les lieux communs et voir comment leur déplacement a pu conditionner la manière de concevoir le droit comme objet d'étude.

Les *notions confuses*, quant à elles, sont (selon ma conception) des notions floues, équivoques, polysémiques, ambivalentes, qui amalgament des éléments hétérogènes voire incompatibles, mais qui, pour cette raison, jouent un rôle particulier, voire essentiel, en argumentation. Toutes les grandes valeurs universelles, le beau, le bien, le juste, sont des notions confuses² : elles renvoient à des idées floues, dont la définition ne fait jamais l'unanimité; et ces définitions ne font jamais l'unanimité parce que les notions qu'elles tentent d'éclaircir recouvrent des éléments hétérogènes ou incompatibles, de sorte qu'on ne peut valoriser l'un des aspects possibles de cette idée floue sans en écarter un autre qu'autrui pourrait juger essentiel (c'est le constat qu'avait dressé Dupréel de son analyse de la notion de mérite³, et Perelman, de son analyse de la notion de justice⁴). Paradoxalement, tout le monde s'entend sur la recherche ou la préservation de ces grandes valeurs, parce qu'elles renvoient à des idées qui, en dépit de leur caractère confus, sont perçues en quelque sorte comme des impératifs catégoriques; mais cette entente ne dure que tant qu'on ne s'avise pas de préciser le sens de ces notions.

La notion de positivisme juridique, par exemple, présente ce caractère confus : aucun spécialiste ne s'entend sur sa définition et sur les limites de l'objet qu'elle désigne, et pourtant personne n'arrive à s'en passer, parce qu'elle offre, en vertu justement de son caractère confus, l'avantage de se prêter à de multiples usages et de désigner commodément une approche qu'on valorise ou qu'on dénigre (quelque chose comme un idéal de scientificité et de réalisme, ou au contraire une forme de naïveté et d'étroitesse d'esprit), mais qu'on ne pourrait pas définir avec précision, ou préciser sans en réduire la portée, et que l'analyse risquerait de nous faire perdre de vue.

On pourrait sans doute interpréter de la même manière des termes comme « dialectique » ou « phénoménologie » : des termes qui ne possèdent pas de définition unifiée, mais qui renvoient néanmoins toujours à une même idée générale (et floue) qui en justifie l'usage

² « Parmi les notions dont la confusion est essentielle figurent les valeurs universelles telles le Vrai, le Beau, le Bien. Ces valeurs fonctionnent comme un cadre vide qui ne prend sa signification que par l'adjonction de valeurs diverses, qui, à chaque fois, y sont insérées. Ce sont, comme le dit E. Dupréel, des outils de persuasion, toujours disponibles. » Perelman et Olbrechts-Tyteca (1955) « Les notions et l'argumentation », repris dans Perelman (1989) *Rhétoriques*, p. 127-128.

³ Cf. Dupréel, « La pensée confuse », 1939, repris dans Dupréel (1949) *Essais pluralistes*, p. 324-334.

⁴ Cf. Perelman, « De la justice », 1945, repris dans Perelman (1990) *Éthique et droit*, p. 13-86.

(dans le premier cas, d'une trajectoire non strictement cumulative ou linéaire, et dans l'autre, d'une approche centrée sur l'expérience vécue). Par exemple, « phénoménologique » est employé au passage (je veux dire : sans en faire un concept scientifique avec une définition claire et précise) par le neurologue et auteur Oliver Sacks pour dire : qui évite, devant un cas inattendu, de retomber trop rapidement dans les catégories médicales conventionnelles (et de tirer ainsi des conclusions hâtives) pour partir plutôt de l'expérience vécue du patient et y chercher la piste d'une solution⁵. Un usage qui a donc peu à voir avec ceux qui l'ont précédé, et qui pourrait donc être considéré comme un excès de langage — mais qui n'est pas illégitime néanmoins, puisqu'on comprend que Sacks cherchait ici un terme qui puisse rendre adéquatement cette idée générale (et floue) d'une démarche centrée sur l'expérience vécue.

Les notions confuses me paraissent très pertinentes en sociologie de la connaissance, parce qu'elles « trahissent » en quelque sorte l'intérêt du locuteur⁶. La notion de positivisme juridique, par exemple, ne dénote pas tant un courant de pensée réel, circonscrit, identifiable, que l'attitude du locuteur à l'égard d'une certaine façon de faire ou de penser le droit⁷. Repérer les notions confuses d'un ensemble de théories juridiques d'une époque donnée, c'est se mettre sur la piste des intérêts, motivations ou aspirations de leurs auteurs, et ainsi mieux insérer ces théories dans le contexte sociohistorique et intellectuel de leur production. Le fait que les réalistes américains et les normativistes autrichiens aient abouti à des théories diamétralement opposées ne les empêchent pas de continuer de se réclamer de LA science (une autre notion confuse); mais justement, cette revendication, loin de nous informer sur la nature de leur théorie, est le marqueur de leurs aspirations

⁵ Oliver Sacks (1985) *The man who mistook his wife for a hat and other clinical tales*, New York, Summit Books.

⁶ Les idées confuses « expriment à la fois de la connaissance et de l'activité, elles sont un instrument d'action fait avec de la connaissance ». Dupréel (1911) « Sur les rapports de la logique et de la sociologie, p. 521.

⁷ Cf. ma thèse de doctorat, *Postures et impostures du juspositivisme : Une histoire critique de la notion de positivisme juridique dans la littérature savante anglo-saxonne, XIXe-XXe siècles*, Université Laval (Québec, Canada), déposée en septembre 2011, bientôt disponible en ligne.

comme juristes (on trouve la même chose chez les sociologues à la même époque) à faire reconnaître leur discipline comme science (mais ce sera l'objet d'un autre texte)⁸.

Lieu commun, notion confuse, analogie, catégorie : je voudrais en somme appliquer aux théories du droit des XVIII^e et XIX^e siècles les outils conceptuels que Perelman et son équipe ont appliqués à l'analyse de la motivation des décisions judiciaires. Il est vrai que par cette analyse, Perelman ne cherchait pas tant à expliquer une évolution qu'à comprendre la logique interne de ces motivations. Mais je crois qu'en reprenant sa démarche sur une longue période historique et en comparant les résultats obtenus aux différentes époques, on observerait déjà une évolution et on obtiendrait d'utiles éléments d'interprétation de cette évolution.

Pertinence et originalité de cette recherche

Les sociologues se sont apparemment très peu intéressés à l'histoire des idées en dehors du domaine des sciences naturelles. Et lorsqu'ils l'ont fait, ils n'ont pas offert le même type d'explication que dans le domaine des sciences naturelles.

En sciences naturelles, quelqu'un comme Thomas Kuhn expliquera l'évolution des raisonnements, sur un objet quelconque de la science, par des changements fondamentaux dans la conception même de cet objet⁹. Pour prendre un exemple qui n'est pas de Kuhn : on a percé le secret de l'ADN à partir du moment où l'on s'est mis à concevoir sa mécanique en termes de « code » et de « communication » (ce qui n'allait pas du tout de soi jusque-là) dans le contexte du virage communicationnel des années 1940. Chez Kuhn, il y a donc, pour dire vite, une façon d'expliquer les idées par les idées.

⁸ On aura compris que toute notion est confuse à un degré ou à un autre. Mais l'intérêt de la notion perelmanienne de notion confuse (elle-même confuse, par la force des choses) pour la sociologie de la connaissance ne réside pas dans la capacité à qualifier telle ou telle notion de confuse — ce qui ne serait qu'un jeu vite lassant —, mais à se servir du degré de confusion des notions comme d'un indicateur. En général (c'est mon hypothèse), le détachement du savant face à son objet donne lieu à des notions relativement claires, qu'on peut toujours préciser davantage. En revanche, les intérêts (inconscients ou pas) du savant se révèlent par des notions confuses qu'on ne peut préciser sans les rendre inutilisables. Si Kelsen est détaché du droit, aboutissant à des descriptions très claires de la forme de la norme juridique, etc., il est en revanche très concerné par la portée scientifique de son travail. De fait, la notion de science du droit comme séparation de l'être et du non-être est très floue, et l'on ne peut la préciser sans lui enlever tout son intérêt pour l'auteur, voire la rendre inutilisable (comme en témoigne le débat anglo-saxon contemporain sur la définition du positivisme juridique).

⁹ Kuhn (1983) *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion.

En sciences humaines, toutefois, quelqu'un comme Robert Nisbet expliquera l'émergence de la sociologie par la réaction conservatrice à la Révolution française et à la révolution industrielle : en attirant l'attention sur les réalités sociales détruites ou menacées par ces révolutions, le conservatisme les aurait rendues visibles et aurait ainsi contribué à en faire des objets d'étude¹⁰. Au lieu d'une explication des idées par les idées, comme dans le domaine des sciences naturelles, on assiste à une explication des idées par les changements sociaux.

Je ne rejette pas l'explication des idées par les changements sociaux, mais je souhaiterais la voir complétée, en histoire des idées juridiques, par une explication des idées par les idées. Avant de chercher les événements politiques et sociaux responsables du virage positiviste en droit, il faudrait voir comment les idées ont pu se conditionner les unes les autres dans cette transition. Voir comment, par exemple, un changement dans notre conception de la connaissance pourrait avoir modifié notre manière de théoriser le droit, et chercher à voir si ce changement ne s'expliquerait pas à son tour par d'autres changements conceptuels plus fondamentaux. Autrement dit, mon approche consiste à tenter de ramener des modifications conceptuelles « secondaires » à des modifications plus fondamentales, qu'on pourrait dire, pour aller vite, « paradigmatiques ».

Hugo Hardy
Chercheur postdoctorant
Centre Perelman de philosophie du droit, Bruxelles
Octobre 2011

Bibliographie sélective

Anscombe, Jean-Claude et Oswald Ducrot (1997) *L'argumentation dans la langue*, Bruxelles, Mardage.

Barthes, Roland (1964) « Rhétorique de l'image », *Communications*, n° 4, p. 40-51.

————— (1967) « L'analyse rhétorique », dans *Littérature et société*, Bruxelles, Éd. de l'Institut de sociologie de l'Université libre de Bruxelles, p. 31-45.

¹⁰ Nisbet (1996) *La tradition sociologique*, Paris, PUF, « Quadrige ».

- (1970) « L'ancienne rhétorique : aide mémoire », *Communications*, n° 16, p. 172-223.
- Centre national belge de recherches de logique (1963) *La théorie de l'argumentation, perspectives et applications*, Louvain, Nauwelaerts.
- Charbonnel, Nanine (1996) « Lieux communs et métaphores : pour une théorie de leurs rapports », dans C. Plantin (dir.), *Lieux communs, topoï, stéréotypes, clichés*, Paris, Kimé, p. 144-151.
- Cossutta, Frédéric (1993) *Éléments pour la lecture des textes philosophiques*, Paris, Dunod.
- Dupréel, Eugène (1911) « Sur les rapports de la logique et de la sociologie, ou Théorie des idées confuses », *Revue de métaphysique et de morale*, tome XIX, n° 4, p. 517-522.
- (1912) *Le rapport social*, Paris, Alcan.
- (1924) « La logique et les sociologues », en 2 parties, *Revue de l'Institut de sociologie*, 4^e année (1923-1924), tome II, n° 1, p. 71-116, et n° 2, p. 215-238.
- (1949 [1939]) « La pensée confuse », *Essais pluralistes*, Paris, PUF, p. 324-334.
- Frydman, Benoît (2000) « Le droit à la lumière de la philosophie de l'action », dans Pierre Livet (dir.), *L'argumentation : droit, philosophie et sciences sociales*, Paris, L'Harmattan.
- (2008) *Le sens des lois : Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruxelles, Bruylant.
- Haarscher, Guy (1994) (dir.) *Chaim Perelman et la pensée contemporaine*, Bruxelles, Bruylant.
- Hardy, Hugo (2006) « La critique perelmanienne de la théorie pure du droit : essai de synthèse », *Revue canadienne droit et société*, vol. 21, n° 2, p. 51-64.
- Lévi-Strauss, Claude (1962) *Le totémisme aujourd'hui*, Paris, PUF.
- (1962) *La pensée sauvage*, Paris, Plon.
- Mainguenu, Dominique (2006) *Analyser les textes de communication*, 2^e éd., Paris, Armand Colin.
- Meyer, Michel (1986) (dir.) *De la métaphysique à la rhétorique*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles.
- Olbrechts-Tyteca, Lucie (1979) « Les couples philosophiques : une nouvelle approche », *Revue internationale de philosophie*, n^{os} 127-128, p. 81-98.
- Perelman, Chaim (1963) (dir.) *Raisonnement et démarches de l'historien*, Bruxelles, Éditions de l'Institut de Sociologie de l'Université Libre de Bruxelles, « Travaux du CNRL ».

- (1969) (dir.) *Les catégories en histoire*, Bruxelles, Éditions de l'Institut de Sociologie de l'Université Libre de Bruxelles, « Travaux du CNRL ».
- (1970) « Méthodologie scientifique et philosophie ouverte », *Revue internationale de philosophie*, n^{os} 93-94, p. 623-628.
- (1971) (dir.) *La règle de droit*, Bruxelles, Bruylant, « Travaux du CNRL ».
- (1989) *Rhétoriques*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles.
- (1990) *Éthique et droit*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles.
- (1999) *Logique juridique : Nouvelle rhétorique*, Paris, Dalloz.
- (2002) *L'empire rhétorique : rhétorique et argumentation*, 2^e éd., Paris, Vrin.
- Perelman, Chaïm et Paul Forier (1974) (dir.) *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruxelles, Bruylant, « Travaux du CNRL ».
- (1978) (dir.) *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, « Travaux du CNRL ».
- (1981) (dir.) *La preuve en droit : études*, Bruxelles, Bruylant, « Travaux du CNRL ».
- Perelman, Chaïm et Lucie Olbrechts-Tyteca (2008) *Traité de l'argumentation : La nouvelle rhétorique*, 6^e éd., Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles.
- Perelman, Chaïm et Raymond Vander Elst (1984) (dir.) *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, « Travaux du CNRL ».
- Schmetz, Roland (1997) « D'un bon usage du *Traité de l'argumentation* de C. Perelman », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 39, p. 69-105.
- (1999) « Argumenter et/ou interpréter selon P. Ricoeur, vraie et/ou fausse dialectique », dans E. Ganty et F.-X. Druet (dir.), *Rendre justice au droit, en lisant le Juste de P. Ricoeur*, Namur, Presses universitaires de Namur, p. 193-214.
- (2000a) *L'argumentation selon Perelman : Pour une raison au coeur de la rhétorique*, Namur, Presses universitaires de Namur.
- (2000b) « L'auditoire universel et la problématique de l'argumentation de C. Perelman », *Cahiers philosophiques de Strasbourg*, vol. 9, p. 175-196.
- Vannier, Guillaume (2001) *Argumentation et droit : Introduction à la nouvelle rhétorique de Perelman*, Paris, PUF.