

Le poids des arguments

Discursivité non déductive dans la pensée juridique, et utilisation des ressources de la rhétorique et de la dialectique

HENRI TORRIONE, Professeur à l'Université de Fribourg*, avocat**

Sommaire

- I. Le rejet d'un droit sans qualité
- II. Le concept d'une logique qualitative
- III. La logique qualitative des inférences non déductives en matière de constatation des faits
- IV. La logique qualitative des inférences non déductives en matière de droit et de qualification des faits
- V. Le pluralisme méthodologique à caractère pragmatique
- VI. Inférences non déductives dans l'interprétation de la loi
- VII. Fonction de la discursivité non déductive en droit
- VIII. La rhétorique

I. Le rejet d'un droit sans qualité

Depuis de nombreuses années le rejet d'un *droit sans qualité*¹ m'avait semblé constituer un des traits de la pensée de PETER GAUCH. Cet attachement à la qualité, je le décelais à travers la persistance avec laquelle le *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil* continuait de faire référence au rapport d'obligation (*Schuldverhältnis*) et au rapport juridique (*Rechtsverhältnis*) comme à la forme (qualité!) de base d'où est extrait le lien juridique que constitue l'obligation², alors que d'autres, partisans de l'une des multiples voies modernes, souhaitaient mettre le quantitatif au fondement du droit. Certains de façon ouverte, en se référant par exemple à l'analyse économique du droit; d'autres, de façon cachée, mais probablement plus radicale, en

* L'auteur remercie M. Filippo Lurà, assistant à l'Université de Fribourg, pour l'aide précieuse apportée dans la mise au point du texte.

** L'auteur est associé de l'Étude Lenz & Staehelin, Genève.

1 PETER GAUCH, Zum Stand der Lehre und Rechtsprechung – Geschichten und Einsichten eines privaten Schuldrechtlers, RDS 2000 p. 1 ss, p. 2: «Sobald wir beginnen, das Recht in wirtschaftliche Daten aufzulösen, gelangen wir zu eine Recht ohne Qualität».

2 PETER GAUCH/WALTER SCHLUEP/JÖRG SCHMID/HEINZ REY, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, T. I, 8^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2003, n. 115 ss; JÄGGI définissait le «*Rechtsverhältnis*» comme un «*Lebensverhältnis gesehen unter dem Gesichtspunkt des Gerechten*» (WILHELM SCHÖNENBERGER/PETER JÄGGI, Zürcher Kommentar, Band V: Obligationenrecht, Teilband 1a: allgemeine Bestimmungen, II: Vorbemerkungen Art. 1, Zurich 1973, N. 109)

reconstruisant tout le droit des obligations à partir de l'acte juridique unilatéral, manifestation de volonté pure, *quantum* d'énergie, qui, se combinant avec d'autres *quanta*, dans ces opérations d'addition que HOBBS affectionnait, donne naissance à l'arithmétique que constituerait le droit des contrats dans cette perspective particulière³.

Ce n'est que beaucoup plus tard, en lisant sa contribution de 2000 intitulé *Zum Stand der Lehre und Rechtsprechung – Geschichten und Einsichten eines privaten Schuldrechtlers*⁴, que j'ai découvert que P. GAUCH avait thématiqué ce rejet d'un *droit sans qualité*, et avait soulevé à cette occasion de nombreuses questions philosophiques sur sa pratique de juriste, avec lucidité, pénétration et précision. Ces questions contiennent comme en creux, sous forme d'appel, toute une philosophie.

On en jugera par les exemples suivants. P. GAUCH a posé la question de savoir si le lien contractuel ne trouverait pas son fondement dans un certain équilibre de la relation entre les parties, dans un rapport de justice ou de justesse⁵. Il a remis en question le dogme que c'est la théorie libérale qui est à la base du droit des contrats, tel que ce droit est mis en œuvre en Suisse⁶. Il a suggéré que notre conception de la loi date d'une époque révolue du développement des sciences⁷. Il a soulevé la question du rapport entre le droit, la signification du droit et la valeur⁸, question qui appelle une réflexion, à mon avis, sur la fonction anthropomorphique du droit⁹, sur sa fonction pratique élémentaire¹⁰, sur son orientation vers les réalités humaines auxquelles se réfèrent des mots tels que *dommage*, *lésion corporelle*, etc. Il a soulevé la question du rôle du droit par rapport à une mutation (mutilation?) génétique qui serait provoquée par une intervention de l'être humain sur lui-même¹¹. Il s'est demandé si le droit est véritablement affaire de normes, ou si ce ne serait pas une faiblesse dans l'approche conceptuelle qui nous amène à confondre le droit avec un système de normes, et le système en question avec la réalité¹².

3 THOMAS HOBBS, *Léviathan*, traduction française par FRANÇOIS TRICAUI, Paris 1999, partie I, ch. 5, p. 37: «*Quand on raisonne, on ne fait rien d'autre que de concevoir une somme totale à partir de l'addition des parties [...] Ces opérations ne s'appliquent pas seulement aux nombres [...]. Les auteurs qui traitent de politique additionnent ensemble les pactes [...] pour trouver les devoirs des hommes; les jurisconsultes additionnent ensemble les lois et les faits pour trouver ce qui est juste ou injuste dans la conduite des particuliers. En somme, si l'addition et la soustraction ont leur place en quelque domaine quel qu'il soit, la raison y a aussi sa place. Et là où elles n'ont pas leur place, la raison n'a rien à faire*».

4 V. note 1.

5 GAUCH (note 1), p. 1 s.

6 IDEM, p. 26.

7 IDEM, p. 27 s.

8 IDEM, p. 2 et 28.

9 PIERRE LEGENDRE, *Sur la question dogmatique en Occident - Aspects théoriques*, Paris 1999.

10 JOHN FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford 1980.

11 GAUCH (note 1), p. 18.

12 IDEM, p. 29 ss et p. 44.

Autant de questions qui semblent extraites d'un cours de philosophie du droit. Elles ont été énumérées ci-dessus sans souci d'être exhaustif, un peu au hasard, comme quelques unes des interrogations de P. GAUCH lorsqu'il réfléchit à la pratique du droit.

Ce n'est que tout récemment que j'ai découvert que P. GAUCH avait aussi conduit une réflexion sur la méthodologie juridique, plus spécifiquement sur les méthodes d'interprétation et d'argumentation en droit. Dans un article intitulé *Argumente*¹³ il tirait à mon avis la conséquence méthodologique du rejet d'un *droit sans qualité*: la méthode du droit ne doit pas être une méthode sans qualité.

Il faut donc rejeter la méthode purement quantitative du calcul combinant loi et fait dans l'opération de subsomption¹⁴. Il ne faut pas concevoir le droit comme une machine dont la logique constituerait le mécanisme¹⁵. En réalité, l'interprétation de la loi est un art dans lequel la personnalité de l'interprète joue un rôle¹⁶. Cet aspect personnel de l'interprétation a été négligé par la doctrine¹⁷. En droit aussi il faut tenir compte de la relativité essentielle des choses humaines¹⁸. Ce que l'on appelle la science juridique ne se distingue pas des autres domaines de l'activité humaine de ce point de vue¹⁹: il n'y a pas de critère absolu, la subjectivité et les émotions jouent un rôle²⁰. Ce que l'on tient pour *juste*, conforme au droit, c'est ce qui nous persuade, c'est ce qui emporte notre intime conviction²¹. C'est pourquoi on ne peut pas plus penser à part le droit et la rhétorique, que le droit et la langue²²: ce ne sont pas des grandeurs indépendantes. Le droit est plus qu'un calcul, bien qu'il ne manque pas d'essais littéraires qui tentent de l'habiller de formules mathématiques²³.

Ces idées chères à P. GAUCH recourent mes réflexions sur l'argumentation et le droit²⁴, mes préoccupations philosophiques et les expériences faites dans mon activité pratique de juriste et de fiscaliste. Aussi ai-je décidé, après avoir lu le texte de P. GAUCH sur l'argumentation, de consacrer cette contribution à quelques considérations personnelles sur le droit et la rhétorique.

13 PETER GAUCH, *Argumente – Ein Geburtstagsbrief*, recht 2000 p. 87 ss.

14 V. HOBBS (note 3); pour cet auteur, «*Dans toutes les cours de justice, c'est le souverain [...] qui juge*» (p. 288).

15 GAUCH (note 13), p. 90: «*Eine solche Vorstellung passt zwar in das Weltbild von Juristen, die das Recht als eine Art Maschine und die Logik als deren Mechanik verstehen*».

16 IBIDEM.

17 IDEM, p. 93.

18 IDEM, p. 95.

19 IDEM, p. 96.

20 IDEM, p. 95.

21 IDEM, p. 96 s.

22 IDEM, p. 99.

23 GAUCH (note 1), p. 4.

24 HENRI TORRIONE, *L'influence des conventions de codification sur la coutume en droit international public*, thèse Fribourg 1989, en particulier les passages consacrés à la preuve du droit coutumier et aux techniques d'argumentations dans ce domaine (p. 185 ss).

II. Le concept d'une logique qualitative

La présente contribution porte sur la pensée discursive juridique²⁵, et sur les méthodes et techniques qu'elle utilise. Ce sont des opérations intellectuelles qui nous intéressent ici, et parmi elles, en premier lieu, les inférences²⁶ non déductives²⁷. Ces dernières relèvent d'une logique qualitative²⁸. Elles ne constituent pas un calcul, et témoignent donc contre l'identification de la raison et du calcul imaginée par HOBBS²⁹.

Que l'on comprenne bien: il ne s'agit pas de proposer une nouvelle méthode en droit, une méthode qui ne soit pas déjà utilisée dans la pratique du droit. Cette contribution voudrait au contraire montrer que la logique propre à la discursivité non déductive est toujours à l'œuvre dans la pratique du juriste, où elle occupe une place im-

25 L'expression est utilisée par GEORGES KALINOWSKI, *La logique des normes*, Paris 1972, p. 120; le terme *discursif* y est utilisé non pas au sens de discours devant un auditoire, mais dans le sens de *procédé discursif*, c'est-à-dire de déroulement de la pensée qui passe d'une étape à une autre, d'une proposition à une autre.

26 Inférer ou raisonner consiste à passer d'une proposition à une autre en fonction de certaines relations logiques (cause/effet, conditions/conséquences, moyen/but, antécédent/conséquent, général/particulier, semblable/différent, plus/moins, etc.) qui permettent d'enchaîner les propositions les unes aux autres de façon plus ou moins solide. Lorsqu'ils visent l'opération de la pensée qui consiste à passer d'une proposition à une autre, les logiciens parlent plutôt d'inférence, alors qu'ils désignent le discours qui résulte de ce passage, et qui l'exprime par les termes *raisonnement* ou *argumentation*.

27 «Le raisonnement déductif consiste à juger qu'une certaine proposition, appelée conséquence, est nécessairement vraie, si une ou plusieurs propositions, appelées principes, sont vraies» (GOBIOI, *Vocabulaire philosophique*, cité par ROBERT BLANCHÉ, *La logique et son histoire*, Paris 1970, p. 45, note 2). Comme le dit ANTHONY WATSON, «a valid deductive argument only makes explicit what is already contained in the premises» (*A Rulebook for Arguments*, 3^e éd., Indianapolis 2000, p. 41). On distingue les inférences déductives immédiates (par exemple: tous les A sont B, donc quelques A sont B), et les inférences déductives médiates, qui partent de deux propositions au moins, par exemple le syllogisme. Les inférences non déductives sont toutes celles dans lesquelles il n'y a pas de lien nécessaire entre les diverses propositions qui composent le raisonnement. Suivant WATSON, «in non deductive arguments, the conclusion unavoidably goes beyond the premises» (p. 41). Comme le remarque ROBERT BLANCHÉ, la faiblesse de ces raisonnements c'est qu'ils ne permettent que de conclure sur un mode probable (*Le raisonnement*, Paris 1973, p. 228). Relevons que ces raisonnements non déductifs incluent non seulement les inductions, mais aussi l'argumentation par l'exemple, et surtout ce que la rhétorique ancienne désignerait comme les *sylogismes rhétoriques*, qui se présentent comme des déductions, mais n'en sont pas logiquement (par exemple: j'ai bien travaillé, donc j'ai droit à une augmentation de salaire; il a une voiture luxueuse, donc il est riche, etc.).

28 La conclusion allant au-delà de ce que permettent les prémisses, il y a un saut qualitatif; on parle de *logique de l'argumentation*, de *logique de la persuasion*, de *logique non formelle*, de *logique non déductive*, de *logique réductive*. La logique déductive est principalement la logique formelle du syllogisme développée par ARISTOTELE, et renouvelée par les logiciens modernes au moyen de la formalisation (au terme de cette formalisation, les règles de construction du système déductif ne renvoient plus qu'à la forme graphique des signes linguistiques, ce qui permet la mécanisation du système et son utilisation par les ordinateurs). L'attention à la logique ordinaire du langage naturel, en particulier à l'argumentation, depuis les années 70, dans ce qu'on appelle un *tournant argumentatif*, ou un *tournant rhétorique*, s'est effectuée en partie comme réaction aux prétentions de la formalisation. Il ne s'agit pas d'une réaction anti-scientifique, car cette réaction existe aussi en science, y compris en mathématique, mais d'une réaction contre la pensée cartésienne et contre l'univocité de principe.

29 V. texte cité ci-dessus en note 3.

portante, même chez le juriste qui l'utilise sans la reconnaître, comme M. Jourdain faisait de la prose sans le savoir dans la pièce de Molière.

Outre l'intérêt de mieux connaître un aspect de la pensée juridique, nous pensons qu'il y a aussi des avantages dans cette étude sur le plan pratique: le juriste qui prend conscience de l'existence et de l'importance des inférences non déductives³⁰ les utilisera plus efficacement dans son activité de juriste, et améliorera probablement la qualité de sa prestation.

On parlera beaucoup d'interprétation de la loi dans cette étude. Il ne s'agit pas du tout, cependant, de présenter une méthode normativement correcte, d'exposer les normes que cette méthode devrait respecter, ce qu'on a désigné comme le «*Recht der Methode*»³¹. Le juriste est porté par sa formation à approcher toute question sous l'angle normatif. Lorsqu'il s'agit d'opérations intellectuelles, de l'exercice même de la pensée, il faut bien entendu résister à cette pente, refuser l'automatisme du point de vue normatif (comme si l'activité intellectuelle était sans autre assimilable à un comportement normatisable!), et maintenir une attitude critique. La présente contribution voudrait être celle d'un praticien du droit, qui effectue certaines observations sur le fonctionnement de la pensée dans la pratique du droit, et qui essaie d'analyser ces observations.

La logique qualitative des inférences non déductives a été étudiée dans les écoles de rhétorique et de dialectique des Anciens³². Ces courants ont prêté une grande attention, à cause d'un esprit critique probablement plus développé que le nôtre, aux nombreux domaines dans lesquels il n'existe pas d'autre preuve que l'argumentation, qu'il s'agisse de questions de fait ou de droit. Ils ont relevé, à partir de l'observation des pratiques sociales, au niveau politique, dans les affaires, devant les tribunaux, dans les relations humaines en général, que dans ces situations, prouver c'est exclusivement convaincre.

C'est notamment le cas, s'agissant des faits, pour tout ce qui relève de la sphère interne, comme la conscience ou la volonté chez une personne par rapport à tel ou tel comportement, la connaissance de telle ou telle information qu'elle peut avoir à un moment donné, ainsi que pour les éléments de fait à la base de l'appréciation que

30 HENRI DESCHENAUX reconnaissait «*le rôle en définitive assez restreint de la logique formelle ou déductive dans le travail du juriste, en comparaison avec la logique réductive*» (Les procédés du raisonnement dans l'interprétation et le complètement de la loi, in: M. Kummer/H. U. Walder [édit.], Festschrift zum 70. Geburtstag von Max Guldner, Zürich 1973, p. 21 ss; spéc. p. 21). De même KALINOWSKI (note 25), principal initiateur de la syllogistique normative dans les années 1960: «*Certes, il est notoire, surtout depuis les travaux de Ch. Perelman et de Th. Viehweg [...] que les inférences normatives déductives (syllogistiques ou autres) ne sont pas les seules inférences de la pensée discursive morale et juridique. Il va de soi que la logique de normes ne constitue pas le fondement de toutes les inférences morales et juridiques. Dans bien des cas elles trouvent leur fondement dans cette logique non déductive que Ch. Perelman appelle «logique non formelle», «logique de l'argumentation» ou «logique de la persuasion»*» (p. 120).

31 ERNST A. KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, Berne 1998, p. 29 et les citations.

32 KALINOWSKI (note 25); HENRI DESCHENAUX, *Éléments de méthodes juridiques à l'intention des étudiants - L'application du droit aux faits*, Fribourg 1975, p. 54.

telle faute est légère ou grave, que tel élément du contrat est essentiel ou non, etc.³³. Au niveau du droit c'est aussi le cas pour toutes les questions ouvertes, qu'il y ait lacune de la loi, difficulté d'interprétation, difficulté d'appréciation, controverse, etc.³⁴. Le droit ne peut pas être dit, les faits ne peuvent pas être constatés, dans ces cas, indépendamment de la prise en considération d'une argumentation, et cette argumentation relève essentiellement de la pensée discursive non déductive. Des inférences déductives sont sans doute aussi utilisées, mais elles sont en général si simples et si immédiates³⁵ qu'il convient de se préoccuper avant tout des inférences non déductives.

Souligner l'importance de ce mode de preuve (la preuve discursive) ne revient pas à nier l'existence, et l'importance centrale, des moyens de preuve ordinaires. Comme le relève G. KALINOWSKI, la constatation d'un fait par le moyen d'une vision locale ou d'une expertise scientifique, par exemple, n'est pas une opération relevant en soi de la logique, déductive ou non déductive. Il en va différemment lorsqu'il n'y a pas d'accès direct au fait, ni de moyens techniques pour le prouver, et qu'il s'avère indispensable, pour prouver, d'effectuer une ou plusieurs inférences³⁶ à partir d'autres faits qui, eux, sont directement prouvés.

Pour le droit aussi on doit à notre avis faire cette distinction: parfois il s'agit de mettre en œuvre une technique, «celle qui permet de trouver dans des textes des éléments de réponse que l'ordre juridique donne à un problème»³⁷, et la logique, en particulier la logique non déductive, ne joue alors pas de rôle significatif; souvent cependant il n'y a pas de technique autre que l'argumentation. Il en va ainsi chaque fois qu'il s'agit de questions qui doivent être discutées, et qui ne comportent pas de solution technique³⁸. Ce sont exclusivement ces situations qu'on va examiner.

33 C'est la même perspective qu'adoptent ceux qui parlent du métier de l'avocat; v. PETER HAFIER, *Strategie und Technik des Zivilprozesses – Einführung in die Kunst des Prozessierens*, Zurich 2004, n. 693: «Das Gericht zu überzeugen muss man vor allem dort, wo es nicht möglich ist, die erheblichen Tatsachen einwandfrei zu beweisen». Aux USA, il s'agit de toute la doctrine de la «*presumptive evidence, or indirect or circumstantial evidence*», où l'on prouve un fait indirectement, à partir d'un autre fait préalablement prouvé, et du raisonnement par lequel on relie les deux affirmations; il s'agit, suivant AUSTIN J. FREEMAN et DAVID L. SIEINBERG, d'une «*evidence that tends to show the existence of a fact in question by proving other, related facts – facts from which the fact in question may be inferred*» (*Argumentation and debate: critical thinking for reasoned decision making*, 10^e éd., Stamford 2000, p. 92).

34 HAFIER (note 33), p. 192 ss.

35 KALINOWSKI (note 25), p. 120: «Dans le domaine du droit, les inférences [déductives, nda] sont si simples qu'on ne connaît guère de fautes d'inférences, et ne discute jamais de la structure des inférences à effectuer».

36 GEORGES KALINOWSKI, *Logique et méthodologie juridique – Réflexion sur la rationalité formelle et non formelle en droit*, Archives de philosophie du droit, Tome 23 (1978), p. 60 ss (spéc. p. 66).

37 PIERRE TERCIER/CHRISTIAN ROLEN, *La recherche et la rédaction juridiques*, 4^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2003, p. 1.

38 ARISTOTE, *La Rhétorique*, traduction française par C.-E. RUELLE revue par P. VANHEMELRYCK, Le livre de poche, Paris 1991, 1357 a 1, p. 87: «L'action de la rhétorique s'exerce sur des questions de nature à être discutées et qui ne comportent pas une solution technique».

S'il est vrai que les inférences non déductives sont étudiées par la rhétorique et la dialectique, nous sommes conduits dans ces situations à approcher le travail du juriste à partir d'une perspective dialectique et rhétorique, en le considérant comme un art d'argumenter, à l'intérieur d'un certain cadre institutionnel dans lequel des magistrats délibèrent et tranchent de multiples points de fait et de droit, selon leur intime conviction, après avoir examiné de façon critique les diverses positions possibles, et les arguments y relatifs³⁹. Dans cette perspective, le droit ne peut pas se concevoir indépendamment de la décision qui tranche, de la délibération qui la précède, et de l'intime conviction du juge; or, «*la raison délibérative s'enracine dans la pensée argumentative et, à l'opposé de la pensée démonstrative, recourt obligatoirement à des méthodes non déductives et non formelles*»⁴⁰.

III. La logique qualitative des inférences non déductives en matière de constatation des faits

Le juriste d'aujourd'hui n'a pas de difficulté à admettre, en matière de constatation des faits, que «*le juge apprécie les preuves selon sa libre conviction*» (art. 40, Loi fédérale de procédure civile fédérale). Le système de la preuve légale, qui consiste à déterminer par la loi les preuves admissibles, leur force probante respective, leur hiérarchie, a presque complètement cédé la place au système de l'intime conviction, de la libre appréciation des preuves par le juge⁴¹.

Il s'agit d'un pouvoir considérable qui est ainsi attribué au juge. C'est en effet cette libre appréciation qui aboutit à la constatation des faits⁴². Le vieil adage *idem est non esse aut non probari* exprime bien comment le fait, sa réalité, et donc d'une certaine manière l'être lui-même, dépend de la libre appréciation des preuves par le juge quand il s'agit de faits contestés auxquels il n'y a pas d'accès direct. On a pensé pendant longtemps que la recherche de la vérité pouvait être occultée par des impératifs de sécurité juridique, par crainte de l'arbitraire des juges. Comme le relève J.-L. BERGEL, «*Les systèmes de preuve légale ont ainsi l'avantage de limiter les risques d'arbitraire du juge et de renforcer la sécurité juridique des plaideurs qui se sont constitué des éléments de preuve suffisants pour échapper aux aléas de l'appréciation judi-*

39 Selon le juge fédéral HANS PETER WALTER, «*Die Jurisprudenz gehört daher [...] nicht mehr zur scientia mit eigenem Wahrheitsanspruch, sondern zur fall- und zeitbezogenen ars als argumentativer Kunst*» (Zeitgemässe richterliche Rechtsfortbildung, recht 2003, p. 2 ss, p. 4).

40 GIOVANNI BISINO, préface à l'ouvrage de JEAN-BLAISE GRIZE, De la logique à l'argumentation, Genève 1982, p. 12. Nous n'identifions cependant pas le droit à la pensée argumentative, comme semblent le faire les partisans d'un «*diskursives Recht*» (droit discursif, ou droit dialogique, ou droit dialectique, DAVID DÜRR, Diskursives Recht, Zurich 1994, p. 92); selon cette position le droit est un mécanisme qui, par rapport à un conflit donné, pénètre «*in den sachverhältnismässigen Diskurs seiner inneren Gegenseitigkeit*» (p. 3), et permet de juger à partir d'éléments intrinsèques au conflit, à l'exclusion de tout élément externe, «*er muss den Konflikt rein aus diesem selbst heraus und ohne Hilfe von aussen beurteilen*» (p. 3); c'est pourquoi on peut affirmer l'identité suivante: «*Recht ist Sachverhalt*» (p. 76).

41 JEAN-LOUIS BERGEL, Méthodologie juridique, Paris 2001, p. 400.

42 HENRI DESCHENAUX, Le titre préliminaire du Code civil, Fribourg 1969, p. 226.

ciaire»⁴³. Le progrès du droit a cependant été dans le sens d'une souplesse presque complète en matière de preuves, pour donner le maximum de chance à la vérité de se manifester.

Réfléchissons un instant sur ce que cela signifie pour notre propos. Cette opération intellectuelle dont relève l'appréciation des preuves constitue une «*pesée appréciative*»⁴⁴ qui n'est soumise à aucune règle autre que la liberté. Dans ce domaine, la seule mesure, la seule contrainte, la seule limite, en principe, c'est l'intime conviction du juge. C'est lui qui va décider «*du degré de certitude auquel il place sa conviction*»⁴⁵. C'est lui qui va décider de la quantité de force probante qu'il va exiger des preuves, pour leur accorder crédit. Comme le Tribunal fédéral l'a constaté en matière de taxation fiscale dans un arrêt récent, «*la preuve est apportée lorsque le juge – sur la base de l'appréciation des preuves – aboutit à la conviction que les faits juridiquement relevant se sont réalisés. La certitude absolue n'est pas exigée. Peut bien plutôt être considérée comme suffisante une conviction tirée de l'expérience de la vie et de la raison pratique, et fondée sur des raisons*»⁴⁶.

La loi peut sans doute intervenir ponctuellement: en matière de droit civil par exemple, elle exige dans certains cas une certitude absolue (art. 34 et 49), dans d'autres, une forte probabilité, dans d'autres enfin une simple vraisemblance, sans certitude⁴⁷. Mais il s'agit de cas particuliers: le principe général reste la liberté d'estimation du juge.

Or, dans cette situation de liberté les seuls facteurs d'objectivisation, les seuls moyens de conviction une fois que la procédure probatoire est arrivée à son terme et a livré tout ce qu'elle pouvait donner, si se posent encore des questions sur la crédibilité de certaines preuves et la réalité de certains faits, ce sont des arguments, des raisonnements, des inférences; c'est tout le travail de la pensée discursive et argumentative. Ces *moyens de preuve* résiduels sont particuliers: ils relèvent non pas d'éléments externes, comme les moyens de preuve visés par les lois de procédure (les pièces à conviction, les témoignages, les titres, etc.), mais de la pensée discursive et argumentative, qui utilise les éléments disponibles (il s'agit d'autres faits utilisés comme preuves indirectes, comme indices, ou comme exemples, mais aussi de l'expérience générale de la vie, du «*cours ordinaire des choses*» suivant l'expression de l'art. 42 al. 2 CO), et raisonne à partir d'eux⁴⁸.

43 BERGEL (note 41), p. 400.

44 Selon l'expression de JEAN CARBONNIER, citée dans: DENIS ALLAND/SIEPHANE RIAIS [édit.], Dictionnaire de la culture juridique, Paris 2003, p. 1019.

45 DESCHENAUX (note 42), p. 227.

46 TF 24 mai 2003, 2A.500/2002, consid. 3.5 (traduction de l'auteur; texte original: «*Der Beweis ist erbracht, wenn der Richter – gestützt auf die Beweiswürdigung – zur Überzeugung gelangt, dass sich der rechtserhebliche Sachumstand verwirklicht hat. Absolute Gewissheit ist nicht erforderlich. Vielmehr kann die von der Lebenserfahrung und der praktischen Vernunft getragene, mit Gründen gestützte Überzeugung genügen*»).

47 DESCHENAUX (note 42), p. 227.

48 V. par exemple TF 5 novembre 2002, in: StE 2003 B 101.21 n. 16, où le Tribunal fédéral oppose un raisonnement à partir de l'expérience générale de la vie, au raisonnement à partir d'indices effectués par le Tribunal administratif du Canton de Genève, pour conclure que l'inculpé avait effectivement

Ces *moyens de preuve* sont en fait des moyens de conviction à caractère discursif. Ils permettent au juge de se former une conviction portée par l'expérience et la raison pratique⁴⁹, et fondée sur des raisons, suivant l'expression du Tribunal fédéral. La pesée appréciative dont on a parlé plus haut, le jugement d'estimation du juge, va donc porter non seulement sur les moyens de preuve visés par les lois de procédure, mais aussi sur le poids respectif de raisonnements et d'argumentations, lorsqu'il s'agit de faits qui ne sont pas susceptibles de preuve directe⁵⁰. Non pas que le juge porte un jugement de valeur sur les faits eux-mêmes, au moment où il les constate, mais il apprécie et juge les preuves de ces faits, y compris les raisonnements tendant à rendre évidente l'existence de faits non directement prouvables⁵¹. C'est pourquoi, du point de vue de la critique de la connaissance, on doit considérer le jugement du juge qui constate un fait dans ces circonstances, comme un jugement de probabilité. Il ne s'agit jamais, dans ces cas, de certitude absolue.

Quels sont les moyens de conviction à caractère discursif qui sont alors utilisés? C'est à cette question que répond précisément la dialectique et la rhétorique des Anciens⁵², reprise et prolongée dans des ouvrages tels que *A Rulebook of Arguments* (1954), de ANTHONY WESTON; *Traité de l'argumentation – La Nouvelle Rhétorique* (1958), de CHAÏM PERELMAN et LOUISE OLBRECHIS-TYTECA; *The Use of Argument* (1958), de STEPHEN E. TOULMIN; *Classical Rhetoric for the Modern Student* (1965), de EDWARD P. J. CORBETT; *Fallacies* (1970), de C. L. HAMBLIN. La dialectique et la rhétorique des Anciens peuvent être vues comme une étude générale de l'argumentation, en particulier des arguments non déductifs; elles constituent une analyse de la pensée discursive non déductive, la dialectique portant son attention plutôt sur les aspects logiques de cette pensée, alors que la rhétorique l'envisage par rapport à un auditoire qu'il s'agit de convaincre⁵³.

conscience que la déclaration d'impôt qu'il signait omettait d'indiquer un revenu en nature de l'ordre de plusieurs millions de francs. V. d'autres exemples dans YVES LE ROY/MARIE-BERNADETTE SCHÖNENBERGER, Introduction générale au droit suisse, Zurich/Bâle/Genève 2002, p. 350 ss.; ces auteurs relèvent que «le juge a tendance à transformer les règles d'expérience en présomptions légales, et donc à opérer un renversement de la charge de la preuve» (p. 351).

49 Il s'agit d'une conviction «abandonnée aux lumières et à la prudence du magistrat» suivant l'expression de l'art 1353 du Code Civil français.

50 La preuve est alors une preuve indirecte: «*presumptive evidence, or indirect or circumstantial evidence*», v. note 33 ci-dessus.

51 Comme l'indique CHAÏM PERELMAN, «Alors que les raisonnements démonstratifs, les inférences formelles sont correctes ou incorrectes, les arguments, les raisons que l'on fournit pour ou contre une thèse, sont plus ou moins forts, et font varier l'intensité d'adhésion d'un auditoire» (Logique juridique - Nouvelle rhétorique, Paris 1976, p. 109).

52 La dialectique doit s'entendre au sens premier du mot, comme art de la discussion bien organisée, v. MICHEL VILLEY, Philosophie du droit, réédition, Paris 2001, p. 34

53 PIERRE OLIERON, L'argumentation, 5^e éd., Paris 2001, p. 5.

IV. La logique qualitative des inférences non déductives en matière de droit et de qualification des faits

S'agissant du droit et non pas des faits, le juriste adopte fréquemment une attitude totalement différente: il ne parlera pas volontiers de preuves du droit, encore moins de libre appréciation de ces preuves, de délibération et d'intime conviction du juge à ce propos. Ce qu'il accepte pour les faits, par cette référence à l'intime conviction du juge comme mesure suprême de ce qui est et de ce qui n'est pas, il le refuse quand il s'agit du droit. S'il l'acceptait, il aurait l'impression que le droit deviendrait une question de subjectivité, de tempérament, de sentiments, et non pas de méthodologie stricte. Il aurait l'impression que l'on quitte la terre ferme pour le marécage, que toute rigueur est absente, qu'il n'y a plus de sécurité du droit.

Mais le droit peut-il être constaté et connu indépendamment de l'intime conviction du juge (ou, de façon plus générale, du juriste) sur la valeur des preuves du droit qui sont à disposition? Plutôt que de craintes, ne vaut-il pas mieux partir du travail de la pensée juridique dans la pratique? Comme le relève G. KALINOWSKI, la plupart des différends portent sur les prémisses du syllogisme juridique, c'est-à-dire non seulement sur la preuve des faits, mais aussi sur l'établissement de la norme⁵⁴. Le modèle épistémologique traditionnel, selon lequel le droit se trouve simplement dans la loi, qu'il suffit de lire et d'appliquer au cas particulier, selon un «mécanisme»⁵⁵ appelé syllogisme judiciaire⁵⁶, ne fournit pas de méthodologie pour traiter les différends sur les prémisses⁵⁷. Avant de déduire, il faut établir les prémisses. Comment le faire sans effectuer toute une série d'opérations qui relèvent de la logique non déductive?

Au point de départ de sa démarche, le juge se réfère à la loi, et la prend comme autorité. Cette première démarche n'est pas possible sans l'utilisation d'un argument d'autorité, qui est un argument à caractère non déductif⁵⁸. Le mécanisme déductif à partir de la loi ne se met pas en marche tout seul, sans l'active participation de l'in-

54 KALINOWSKI (note 36), p. 66.

55 DESCHENAUX (note 42), p. 65.

56 IBIDEM.

57 On a parlé d'«illusion de la déduction» (DOMINIQUE MANAI, *Le juge entre la loi et l'équité*, Lausanne 1985); on a qualifié l'approche en fonction de la «domination du syllogisme» comme un imaginaire fort (PHILIPPE ABRAVANEL, *Recherches sur les méthodes d'élaboration de la décision judiciaire*, SJZ 1991 p. 165 ss); on a même affirmé que plus personne ne prétend sérieusement qu'il n'y a rien de plus qu'une opération de subsumption, et que c'est même là un point d'accord entre tous ceux qui traitent de méthodologie (ROBERT ALEXI, *Theorie der juristischen Argumentation – Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt am Main 1983, p. 17).

58 Sur l'argument d'autorité comme argument non déductif, v. ANTHONY WESTON, *A Rulebook for Arguments*, 3^e éd., Indianapolis/Cambridge 2000, p. 24 ss; CHRISTIAN PLANIN, *L'argumentation*, Paris 1996, p. 88 ss; OLIVIER REBOUL, *La rhétorique*, 6^e éd., Paris 1998, p. 68; ARISTOTE (note 38), 1355 b 35-39. Dans ce passage, ARISTOTE explicite la différence entre justifier une affirmation par une argumentation, et la justifier par la référence à des sources ou des autorités; il est par là à l'origine de la distinction entre *beweisen* et *belegen*, si importante dans toute la rhétorique, et que la théorie du droit a reprise; v. par exemple TERCIER/ROJEN (note 37), n. 1215 ss.

terprète, qui décide de partir de la loi, d'argumenter avec la loi comme le dit très joliment P. GAUCH⁵⁹.

Avant de pouvoir effectuer des déductions à partir de la loi, il faut non seulement que le juge s'y réfère, comme on vient de le voir, mais il faut aussi qu'il la comprenne, qu'il l'interprète. On verra plus bas que cette activité d'interprétation exige la mise en œuvre de nombreuses inférences non déductives.

C'est aussi le cas au niveau de l'opération de qualification des faits au cœur du syllogisme judiciaire: il ne s'agit pas, bien souvent, d'une simple identification entre l'hypothèse formulée dans la loi et les circonstances du cas particulier⁶⁰, mais d'une pesée des ressemblances et des différences entre le cas et la loi, de l'élaboration de la commensurabilité entre les deux, d'une opération consistant non pas dans le passage du général au particulier (subsomption), mais dans le passage du type à l'occurrence (abduction)⁶¹, et donc d'un raisonnement par l'exemple, le modèle ou l'analogie⁶².

Mentionnons encore les multiples circonstances où il est évident que le juge met en œuvre des inférences non déductives: la preuve du droit coutumier (art. 1 al. 2 CC), qui n'a rien de déductif, l'établissement de règles supplétives en cas de lacune (art. 1 al. 3 CC), qui n'a rien non plus de déductif, le recours à un principe général, par exemple à l'interdiction de l'abus de droit, à la bonne foi, à l'égalité de traitement, au respect de la dignité humaine, et aussi le recours aux notions d'illicéité (art. 28 CC et art. 41 CO), de juste motif, de juste prix, d'atteinte illicite à la personnalité, de bonnes mœurs, qui devraient probablement être considérées comme des sources de droit indépendantes du texte qui y fait référence⁶³.

Dans tous ces domaines, l'argumentation et l'intime conviction du juge jouent un rôle essentiel. Ce rôle n'est pas moins important que celui qu'elles jouent lorsqu'est en jeu la vérité de faits qui ne peuvent pas être établis directement. Dans les deux situations, les juges délibèrent et tranchent, selon leur intime conviction, après un

59 «*Argumentieren mit dem Gesetz*», et aussi «*das gesetzliche Argumentieren*»; suivant GAUCH (note 13), «*Das wichtigste Argument, mit dem wir unsere juristische Meinungen begründen, ist das Gesetz*» (p. 90). Suivant GERHARD STRUCK, «*Das Gesetz ist ein Topos unter anderen, aber ein höchst wichtiges*» (Topische Jurisprudenz, Frankfurt am Main 1971, p. 7). Derrière la grande puissance de conviction de cet argument d'autorité en faveur de la loi, il y a notamment l'idée communément admise que dans un Etat dont l'activité a pour base le droit (art. 5 Cst.), ce ne doit pas être un individu, ou un groupe d'individus, mais la loi qui décide du droit, et qui gouverne.

60 C'est-à-dire qu'il ne s'agit pas d'un syllogisme, puisque la mineure ne renferme pas une identification stricte; v. DESCHENAUX (note 30), p. 41.

61 V. sur ce point ALAIN PAPAUX, *Essai philosophique sur la qualification juridique: de la subsomption à l'abduction*, Zurich/Bâle/Genève 2003, p. 9; l'auteur relève que suivant UMBERTO ECO, *Sémiotique et philosophie du langage*, Paris 1988, presque toutes les notions que nous utilisons sont analogiques, et ne se prêtent pas vraiment à des opérations d'identification sur la base de la logique général/particulier.

62 V. PERELMAN (note 51). Ce mode de raisonnement est particulièrement étudié dans les pays de Common Law; v. RUPERI CROSS/J. W. HARRIS, *Precedent in English Law*, Oxford 1991, p. 186 ss, spéc. le chapitre intitulé *Precedent and Judicial Reasoning*.

63 V. sur ce point HANS MERZ, *Die Widerrechtlichkeit gemäss Art. 41 OR als Rechtsquellenprobleme*, in: *Rechtsquellenprobleme im schweizerischen Recht*, Festgabe für den Schweizerischen Juristenverein, RJB 1955 p. 301 ss.

examen critique des diverses positions, et du poids respectif des arguments avancés, ou qui pourraient être avancés, pour soutenir chacune des positions.

Les méthodes d'argumentation sont semblables dans les deux situations: c'est la conclusion surprenante à laquelle sont arrivées les écoles de rhétorique et de dialectique des Anciens, sur la base d'une accumulation d'observations et de réflexions de plusieurs siècles, essentiellement basées sur la pratique juridique de l'argumentation. CH. PERELMAN formule ce résultat de la façon suivante: «[Notre recherche] nous a conduit après deux ans d'efforts, à la conclusion inattendue qu'il n'y avait pas de logique spécifique des jugements de valeurs, mais que, dans le domaine examiné, comme dans tous ceux où il s'agit d'opinions controversées, quand on discute et on délibère, on recourt à des techniques d'argumentation. Celles-ci avaient été analysées, depuis l'antiquité par tous ceux qui s'intéressaient au discours visant à persuader et à convaincre, et qui avaient publié des ouvrages intitulés Rhétorique, Dialectique et Topiques»⁶⁴.

Quelles sont ces techniques d'argumentation? Quels sont ces moyens de preuves à caractère discursif? Nous avons déjà posé cette question plus haut, en relation avec la formation de la libre conviction du juge sur les faits de la cause, lorsqu'ils ne sont pas directement prouvables, et nous la posons à nouveau maintenant qu'il s'agit de cristallisation de la conviction du juge en ce qui concerne le droit, lorsqu'on ne peut pas sortir de la controverse par la seule lecture de la loi.

Nous proposons d'apporter un début de réponse en analysant les opérations intellectuelles intervenant effectivement dans l'interprétation de la loi. Bien qu'il s'agisse de preuves du droit, notre approche n'aura rien de normatif. Elle ne s'inspire pas d'une philosophie particulière, en particulier pas d'une philosophie dont toute l'attention serait dirigée vers la recherche des conditions de possibilités et le transcendantal, comme la philosophie kantienne⁶⁵. Le juriste peut à notre avis trouver dans sa pratique la philosophie propre à sa discipline; il doit éviter de plaquer sur cette pratique une philosophie extrinsèque.

V. Le pluralisme méthodologique à caractère pragmatique

Pour effectuer des déductions à partir des normes contenues dans le texte légal, il faut, on l'a dit, non seulement se référer au texte comme à une autorité (argument d'autorité), mais aussi l'avoir compris, en avoir déterminé la véritable portée, le véritable sens. En un mot, il faut l'avoir interprété. Cette opération consiste à saisir la

⁶⁴ PERELMAN (note 51), p. 101

⁶⁵ Comme le fait par exemple ALEXY (note 57); cet auteur découvre aux fondements des activités argumentatives et évaluatives un *universel-pragmatique*: l'activité évaluative elle-même, ou, plutôt, les exigences propres à cette activité, exigences qui peuvent être exposées sous forme de règles du discours rationnel (p. 223 et 230 s.). Pour une critique de cette perspective, ainsi que de celle de JÜRGEN HABERMAS et de KARI-OTTO APPEL, v. ARMIN ENGLÄNDER, *Diskurs als Rechtsquelle?*, Tübingen 2002.

façon dont la lettre ou l'esprit de l'une des dispositions de la loi *se rapporte* à la matière examinée par le juge, dans le litige qu'il doit trancher⁶⁶.

Il y a plus de conceptions de l'interprétation que d'auteurs, car il y a celles des auteurs qui ont changé d'avis⁶⁷. Notre propos n'est pas d'examiner ces différentes conceptions⁶⁸. Nous laissons aussi de côté les considérations du Tribunal fédéral sur la direction générale à suivre dans l'interprétation de la loi (sur la *méthode d'interprétation*, suivant la terminologie consacrée⁶⁹). Nous portons notre attention sur les points d'appui de l'interprétation, c'est-à-dire sur les facteurs, ou éléments, qui sont propres à révéler le sens de la loi, et nous examinons le rapport entre ces éléments et la pensée discursive non déductive.

Le Tribunal fédéral décrit son approche de la façon suivante dans sa jurisprudence la plus récente: «*La loi s'interprète en premier lieu d'après sa lettre (interprétation littérale). Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégagant de tous les éléments à considérer, soit de sa relation avec d'autres dispositions légales, de son contexte (interprétation systématique), du but poursuivi, de l'esprit de la règle, des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ainsi que de la volonté du législateur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique)*»⁷⁰.

66 V art. 1 al. 1 CC; c'est à notre avis une compréhension concrète de la loi qui est exigée par cette disposition, une compréhension rapportée à la matière en question, au point à trancher dans le cas d'espèce, donc une compréhension de la loi *casuiste*, et non pas celle qu'une lecture générale et abstraite pourrait dégager. En partant de cette approche le Tribunal fédéral affirme depuis 1995: «*L'interprétation de la loi doit tenir compte que la norme juridique n'est pas seulement contenue dans la lettre de la loi, mais dans la loi concrétisée et comprise dans sa relation aux faits de l'espèce*» (traduction de l'auteur de ATF 121 III 129, consid. 1d.aa: «*Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Rechtsnorm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz*»). V. à ce propos les explications des juges fédéraux HANS PETER WALTER, *Der Methodenpluralismus des Bundesgerichts bei der Gesetzesauslegung*, recht 1999 p. 157 ss (spéc. p. 163 s.), et MARIIN SCHUBARTH, *Wie entsteht ein Urteil? Zur Realität der Urteilsfindung*, recht 1992 p. 122 ss (spéc. p. 127).

67 WALTER (note 66), p. 159.

68 V à ce sujet KRAMER (note 31).

69 Suivant le Tribunal fédéral, l'interprétation de la loi doit se faire à partir de la loi elle-même; l'interprétation doit dégager l'esprit, le but et les valeurs qui sont à la base de la loi, et cela sur la base d'une méthode de compréhension téléologique: «*Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Weisungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden*» (ATF 121 III 219, consid. 1c.aa, JdT 1996 I p. 162 ss). Selon DESCHENAUX (note 42) «*la méthode d'interprétation indique la direction générale à suivre*» (p. 81); c'est ce que fait le Tribunal fédéral dans la citation qu'on vient de faire. Cette expression (*méthode*) n'est toutefois pas très transparente, et elle n'est pas toujours utilisée de façon cohérente, dans des articles de doctrine et même dans la jurisprudence du Tribunal fédéral en français; v. par exemple TF 28 janvier 2001, 2A.428/1999, consid. 3b, où le Tribunal fédéral dit qu'il utilise «*diverses méthodes d'interprétation*», alors que le texte allemand de la décision auquel il se réfère ne parle pas de plusieurs *méthodes d'interprétation*, mais d'un *pluralisme méthodologique*, et que la distinction entre méthode d'interprétation et point d'appui, éléments de l'interprétation, est claire dans la doctrine, cf. DESCHENAUX (note 42), p. 81; WALTER (note 66), p. 161 ss.

70 IF 11 février 2004, 2P.151/2003, consid. 2.3.

Examinons tout d'abord les cas où les divers éléments, ou points d'appui, ne conduisent pas à un résultat identique. Dans ces cas la nature rhétorique de l'interprétation est immédiatement perceptible; on peut en quelque sorte la voir, sans qu'il y ait besoin de la prouver au moyen d'arguments.

Suivant A. MEIER-HAYOZ il faut alors procéder à une pesée du poids respectif des différents arguments : «*Dann gibt es abzuwägen, wobei nicht nur die Zahl, sondern auch das Gewicht der Argumente zu berücksichtigen ist*»⁷¹. Au cœur de l'interprétation de la loi, suivant la doctrine la plus traditionnelle, on trouve donc, comme au cœur de la constatation des faits par le juge, une *pesée appréciative* dont le but est de découvrir le poids respectif des différents arguments portant sur le sens véritable du texte légal. Ces arguments, ce jugement d'appréciation à leur propos, jouent un rôle central dans la délibération du juge, et dans le jugement qu'il porte au moment où il détermine, selon son intime conviction, le sens véritable du texte. Le Tribunal fédéral a caractérisé la méthodologie qu'il suit dans ce cas par l'expression *pragmatischer Methodenpluralismus*, pluralisme méthodologique à caractère pragmatique, expression adoptée pour la première fois, sous sa forme intégrale, dans un arrêt de principe de 1995⁷².

Suivant cette méthodologie, le Tribunal refuse tout d'abord tout ordre de priorité entre les différents points d'appui de l'interprétation, et donc entre les différentes argumentations qui utilisent chacun de ces points d'appui. Le Tribunal fédéral s'en tient à un pluralisme horizontal. C'est donc le poids intrinsèque de chaque argument, dans le cas d'espèce, qui doit être évalué, de façon qualitative. La pesée appréciative s'effectue sans béquilles, en-dehors de tout formalisme, comme en matière de libre appréciation des preuves lorsqu'il s'agit de constatation des faits. Comme en matière de libre appréciation des preuves s'agissant de faits, la seule mesure de la pesée appréciative à laquelle doit procéder le juge, c'est son intime conviction. Cette intime conviction est formée au cours de la délibération, à travers l'objectivisation que rend possible l'articulation des divers arguments dans un sens et dans un autre, et à travers le jugement sur le poids respectif des arguments.

Au terme de cette pesée appréciative des arguments, le juge parvient à ce que H. DESCHENAUX désigne très exactement comme «*un jugement de probabilité*»⁷³, comme au niveau de la constatation de faits qui échappent à la preuve directe ou technique. Le jugement de probabilité s'exprimera, chez le juge appelé à constater le fait, sous

71 ARIHUR MEIER-HAYOZ, *Berner Kommentar, Einleitung*, Berne 1962, n. 181 ad art. 1 CC.

72 ATF 121 III 219, consid. 1d.aa: «*Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen*». En français, le Tribunal fédéral s'exprime de la façon suivante: «*Le Tribunal fédéral utilise les diverses méthodes d'interprétation de manière pragmatique, sans établir entre elles un ordre de priorité hiérarchique*» (TF 28 janvier 2001, 2A.428/1999, consid. 3b). Sur le *pluralisme méthodologique*, que le Tribunal avait déjà adopté dans ATF 114 V 219, consid. 3a, et ATF 110 Ib 1, consid. 2b.cc (où il considérait qu'il avait toujours suivi cette méthode), v. en droit français JACQUES GHESTIN: «*L'interprétation de la loi [...] consiste à découvrir le sens d'un texte, par des méthodes qui peuvent varier*» (*Traité de droit civil, Introduction générale*, 4^e éd., Paris 1994, p. 372)

73 DESCHENAUX (note 30), p. 35.

forme d'un jugement d'existence (formulé dans un énoncé assertatif, par exemple: c'est lui qui a tiré); chez le juge appelé à dire le droit, il s'exprimera «*sous la forme d'un énoncé normatif qui fixera le sens de la règle légale ou même créera une règle prétorienne*»⁷⁴.

Le Tribunal fédéral indique lui-même comment cette pesée des différentes argumentations s'effectue dans le domaine de l'interprétation du droit: «*de manière pragmatique*»⁷⁵. Seule une approche rhétorique du droit, comme «*zufall- und zeitbezogenen ars als argumentative Kunst*»⁷⁶, permet, nous semble-t-il, de comprendre la portée exacte du terme «pragmatique» dans ce contexte. Le Tribunal fédéral cherche à indiquer que la pesée des divers arguments n'est pas arbitraire, qu'il y a aussi des arguments, à ce second niveau, qui peuvent faire pencher la balance en faveur de l'argument littéral, ou au contraire de l'argument systématique, ou au contraire de l'argument historique, etc. Par l'utilisation du mot *pragmatique*, le Tribunal fédéral indique que le choix doit se faire en faveur de l'interprétation qui aboutira, dans le cas d'espèce, à une solution effectivement correcte. Le Tribunal fédéral reprend ainsi, sous un autre nom, et en le généralisant, le point de vue qu'il avait exprimé dans les ATF 110 Ib 1 (consid. 2c.cc) et 114 V 219 (consid. 3a), suivant lequel il convient de suivre l'argument littéral seul, uniquement «*wenn sich daraus zweifellos eine sachlich richtige Lösung ergab*».

En termes de rhétorique et de pensée discursive non déductive, cela signifie qu'il faut décider de l'interprétation la meilleure en utilisant un type d'inférence bien particulier, qui repose sur une relation d'inférence logique répertorié par la rhétorique classique (un *lieu*)⁷⁷, et qu'on peut formuler ainsi: *à partir du conséquent, s'il est préférable, conclure que ce qui le produit est préférable*. Suivant CH. PERELMAN et L. OLBRECHIS-TYTEKA, est un argument pragmatique «*celui qui permet d'apprécier un acte ou un événement en fonction de ses conséquences favorables ou défavorables*»⁷⁸. Ces auteurs reprenaient la relation d'inférence non déductive répertoriée par Aristote en ces termes: «*Un autre [lieu] [consiste à partir] de ce que, du fait que le résultat est tel, ce dont il est le résultat est identique*»⁷⁹.

Suivant le Tribunal fédéral, c'est donc en fonction du résultat qu'on peut apprécier la force et la faiblesse de chaque argument d'interprétation, en cas de pluralité de positions. Il s'agit d'un résultat non pas abstrait, mais mis en relation avec le cas concret. Comme l'indique H. P. WALIER, «*Fallbezogen sind damit starke und schwache Ele-*

74 IBIDEM.

75 TF 28 janvier 2001, 2A 428/1999, consid. 3b

76 WALIER (note 39), p. 4

77 Suivant YVAN PELLETIER, un *lieu* est une relation d'inférence logique, fondée sur la teneur logique des énoncés, donc sur les modalités d'attribution (La dialectique aristotélicienne – Les principes clés de *Topiques*, Montréal 1991, p. 267 ss)

78 CHAIM PERELMAN/LUCIE OLBRECHIS-TYTEKA, *Traité de l'argumentation – La nouvelle rhétorique*, 4^e éd., Bruxelles 1970, p. 360.

79 ARISTOTE, *La Rhétorique*, texte établi et traduit par FRÉDÉRIC DUFOUR, Paris 1962, 1399 b 5 (nous avons modifié la traduction).

mente zu scheiden, und erst ihre Kombination nach Zahl und Stärke erlaubt eine sachgerechte Gewichtung im Zusammenspiel»⁸⁰.

Le pluralisme méthodologique à caractère pragmatique du Tribunal fédéral a été critiqué: «*méthode inadéquate*», «*méthode sans méthode*»⁸¹. P. GAUCH en revanche, bien qu'il affirme ne pas se prononcer, pose une question qui semble prendre position: «*Zum Beispiel frage ich mich, welches Auslegungselement denn, wenn es eine hierarchische Prioritätsordnung gäbe, an die oberste Stelle käme*»⁸²? S'il y avait une réponse à une question de ce genre, cela se saurait en effet depuis longtemps : en 1973 déjà EDWARD E. OTT écrivait un article sur le problème de la hiérarchie entre les divers arguments d'interprétation⁸³.

On a le sentiment que certains esprits ne peuvent pas accepter le scandale d'une discursivité qui ne soit pas ordonnée verticalement, et qui, de surcroît, ose se montrer telle qu'elle est réellement à l'œuvre dans la pensée juridique ordinaire, c'est-à-dire opérant à l'horizontal, hors de la hiérarchie existant entre le général et le particulier, de façon non déductive. Ils réclament, à défaut de hiérarchie prédéterminée entre les divers critères d'interprétation, «*des directives précises lors de la pondération des critères*»⁸⁴. Et face au cri de ralliement de ceux qui découvrent l'importance de la discursivité non déductive («*Abkehr von Subsumptionsautomaten*»⁸⁵), ils expriment, nous semble-t-il, la nostalgie d'une pensée dominée par l'univocité et la logique déductive, et conforme à l'idéal cartésien de la science⁸⁶. Ne risque-t-on pas cependant de préférer, en secret, une façade avec ses fausses fenêtres, à la réalité de l'opération d'interprétation? Ne reproche-t-on pas au Tribunal la transparence et l'honnêteté dont il fait preuve, lorsqu'il reconnaît ouvertement la nature des opérations intellectuelles inévitablement mises en œuvre, et leurs faiblesses au regard de l'idéal d'univocité de la logique déductive?

VI. Inférences non déductives dans l'interprétation de la loi

Laissons ces questions ouvertes. Notre position sur le poids des arguments, leur libre appréciation par le juge, l'importance de la rhétorique dans l'activité la plus ordinaire du juriste, l'importance de l'intime conviction du juge dans ce domaine, ne dépend

80 WALTER (note 66), p. 164.

81 PASCAL PICHONNAZ, Le «pluralisme pragmatique» du Tribunal fédéral: une méthode sans méthode?, PJA 4/19 p. 417 ss (spéc. p. 417 et p. 425); v. d'autres critiques auxquelles se réfère WALTER (note 66), p. 158 s.

82 GAUCH (note 13), p. 92.

83 EDWARD E. OTT, Zur Frage der Rangordnung unter den Auslegungsargumenten, RDS 1973 p. 247 ss; v. également ALEXY (note 57), p. 19, note 11, les renvois à la doctrine allemande.

84 PICHONNAZ (note 81), p. 426; v. au contraire ERNST HÖHN qui rejette toute «Rangordnung» (Wie legt man Rechtsnormen aus? Praktische Anleitung für junge Juristen, recht 1987, p. 105 ss, p. 107).

85 WALTER (note 66), p. 157.

86 Pour une critique de ce mode de penser v. PAPAUX (note 61), en particulier le chapitre consacré à la métaphysique de l'univocité en droit, p. 102 ss.

pas de la théorie du *pluralisme méthodologique à caractère pragmatique*. Si la discursivité non déductive est plus visible en cas de divergences entre le résultat des différentes inférences, puisqu'alors le Tribunal fédéral recourt à l'argument pragmatique, ce qui constitue manifestement une mise en œuvre de la pensée discursive non déductive, elle s'exerce tout autant lorsque les inférences effectuées à partir des différents points d'appui convergent vers un seul et même résultat.

Chaque inférence en effet, que ce soit celle qui part du texte, celle qui part du système, celle qui part de la finalité, ou celle qui part de la genèse de la loi, constitue en elle-même une inférence non déductive. Le signe de cela, c'est que l'on envisage constamment les divers points d'appui en fonction de l'argumentation qui les utilise, et qu'on les appelle des «arguments»⁸⁷.

En quoi consiste la logique de ces inférences? En quoi est-elle non déductive? Alors que les inférences déductives peuvent être revêtues de la forme: *Si on a A, on a B; or on a A; donc on a B*, les inférences non déductives prennent la forme suivante: *Si on a A, on a B; or on a B; donc on a A*⁸⁸. En matière d'interprétation du droit, l'argument littéral a la forme suivante: «*Si le législateur a voulu exprimer tel sens, il a dû employer tel mot (si on a A, on a B); or c'est ce mot qu'il a employé (or on a B); donc c'est ce sens qu'il a voulu exprimer (donc on a A)*»⁸⁹. Il en va de même de l'interprétation à partir des éléments historiques, de celle qui s'appuie sur le contexte proche ou lointain dans lequel la disposition s'insère, et de celle qui utilise comme point d'appui le ou les buts visés par la loi⁹⁰.

87 OTI (note 83), p. 255. V. également DESCHENAUX (note 42), p. 82, note 57; A. MEIER-HAYOZ, (note 71), n. 18 ad Art. 1 CC; LE ROY/SCHÖNENBERGER (note 48), p. 319 ss; PICHONNAZ (note 81), p. 419; TERCIER/ROIEN (note 37), n. 1150 ss; ERNSI HÖHN, *Gesetzesauslegung, Rechtsfortbildung und richterliche Gesetzesergänzung im Steuerrecht*, ASA 51, p. 385 ss, p. 393. GAUCH (note 13) distingue deux usages des éléments (qu'il définit comme «*geistiges Hilfsmittel*»), leur usage dans l'interprétation de la loi, puis leur usage comme arguments, quand il s'agit de justifier le résultat de l'interprétation: «*Diese und weitere Elemente sind die geistigen Hilfsmittel, die uns zuerst bei der Auslegung des Gesetzes und dann als Argumente dienen, um das Ergebnis der Auslegung zu begründen*» (p. 90). Ce que GAUCH distingue ici, c'est, nous semble-t-il, la découverte du sens de la loi à travers ces voies d'accès ou ces indices que constituent par exemple la lettre de la loi (l'opération intellectuelle d'inférence), et le développement de l'argument, qui comprend non seulement la formulation écrite ou orale des différentes étapes qui ponctuent le cheminement emprunté par l'esprit qui effectue cette inférence (les différentes propositions), leur clarification, mais aussi et surtout l'explicitation de la relation d'inférence: il faut en effet expliquer pourquoi ce texte valide la position prise sur le sens véritable de la loi; il faut rendre manifeste la contribution apportée par le texte à la justification de la position prise, c'est-à-dire la fonction argumentative du texte, son orientation vers la conclusion. Sur le développement de l'argument, en pratique, v. NICOLE TOUSSAINT/GASTON DUCASSE, *Apprendre à argumenter - Initiation à l'argumentation rationnelle écrite*, Sainte-Foy (Québec) 1996, p. 102 ss; sur la théorie, v. STEPHEN E. Toulmin, *The uses of argument*, traduction française par PHILIPPE DE BRABANIER, *Les usages de l'argumentation*, Paris 1993, p. 115 ss.

88 Sur tout cela, v. DESCHENAUX (note 30), p. 21; IDEM (note 32), p. 53 s.; IDEM (note 42), p. 82, note 57.

89 Bien entendu les choses sont souvent beaucoup plus compliquées: il n'y a pas un mot, mais au moins trois mots en cas de rédaction en trois langues, et le sens littéral suppose qu'on prenne en considération non seulement le mot, mais les expressions, les phrases (analyse grammaticale, analyse logique, ponctuation, etc.), les suites de phrases, la disposition du texte en paragraphes, articles, etc., cf. DESCHENAUX (note 42), p. 82 s.

90 V. DESCHENAUX (note 32), p. 53 s.

Dans chaque cas le point d'où part l'inférence (*or on a B*, dans l'exemple ci-dessus) constitue un point d'appui pour l'inférence parce qu'on se le représente par ailleurs, dans une autre proposition, comme le conséquent (point d'arrivée!) de ce qu'on infère (dans l'exemple ci-dessus, on infère $A - \text{donc } A -$, et on conçoit B , le point de départ de l'inférence, comme le conséquent de A dans la proposition *Si on a A, alors on a B*)⁹¹. C'est pourquoi ce type de raisonnement a été désigné comme réductif⁹², ou régressif⁹³. Il est d'ailleurs formulé le plus souvent non pas sous sa forme complète comme ci-dessus, mais sous une forme simplifiée: *on a B, donc on a A*, ou plus communément encore on affirme A (tel est le véritable sens de la loi), parce que B (parce que la loi emploie ces mots). Il est utilisé très fréquemment dans nos argumentations les plus communes, et l'ancienne rhétorique le désignait comme *enthymème*, ou *syllogisme rhétorique*⁹⁴.

Pour compléter l'analyse de la logique spécifique aux inférences mises en œuvre dans les opérations d'interprétation de la loi, il faut ajouter que ces inférences non déductives ne sont pas des inférences inductives⁹⁵. La situation en droit est la même qu'en histoire, ou dans l'exégèse littéraire⁹⁶: dans ces domaines, les inférences ne consistent pas dans un «*passage à l'universel*»⁹⁷, dans une généralisation⁹⁸, elles n'aboutissent pas à un énoncé général intégrant la multiplicité des différents points d'où l'on est parti⁹⁹. On reste dans la tension de la multiplicité. Le pluralisme, comme le Tribunal fédéral l'a parfaitement compris, est intrinsèquement lié à ce mode de pensée, et le

91 DESCHENAUX (note 32) donne l'exemple de la méthode en histoire: «L'historien se demande par exemple pourquoi Napoléon a entrepris si tardivement dans l'année sa campagne de Russie. Il émet une certaine hypothèse (A). Il rassemble alors des éléments de faits qui constituent (ou non) autant d'indices de l'explication supposée (B_1, B_2, B_3, \dots)» (p. 54).

92 IDEM, p. 53. GEORGES KALINOWSKI définit comme réductif «Un raisonnement dont la prémisse constate un effet et dont la conclusion indique la cause» (Introduction à la logique juridique, Paris 1965, p. 146).

93 GEORGES VIGNAUX, L'argumentation - Essai d'une logique discursive, Genève 1976, p. 115 ss: «On peut globalement distinguer deux démarches générales de la pensée que la littérature s'est accordée jusqu'ici à qualifier, l'une de progressive, l'autre de régressive. Le raisonnement progressif ou encore direct est celui de la synthèse déductive [...]. L'autre démarche générale de la pensée, qualifiée de régressive, englobe tous les raisonnements de type inverse».

94 Malgré son nom, il n'est pas légitime en logique déductive; v. EDWARD P.J. CORBETT/ROSA A. EBERLY, The Elements of Reasoning, 2^e éd., Boston 2000, p. 37 ss; v. ci-dessus note 27.

95 Les inférences inductives relèvent aussi de la logique non déductive, mais elles ne sont pas les seules inférences non déductives comme on a parfois tendance à le penser spontanément. Parmi les inférences non déductives, il y a les inductions, mais aussi les raisonnements à partir d'un fait singulier pris comme exemple, et enfin les *syllogismes rhétoriques* qu'on vient d'examiner en relation avec l'interprétation.

96 DESCHENAUX (note 32), p. 53.

97 ARISTOTELE, Les Topiques, traduction française par J. TRICOT, Paris 1965, 105 a 12: «Quant à l'induction, c'est le passage des cas particuliers à l'universel».

98 V. DESCHENAUX (note 30), p. 23.

99 Exemple d'induction aboutissant à un tel énoncé: les morceaux de phosphore a b c d, ... s'enflamment à 60° (*or on a B*); donc le phosphore s'enflamme à 60° (*donc A*). En matière d'induction, on sort donc de la multiplicité, qu'on ordonne en fonction d'un principe, de façon satisfaisante pour l'esprit (de géométrie)

juriste l'expérimente dans toute son activité¹⁰⁰. Non seulement d'ailleurs dans l'interprétation du droit, mais aussi dans d'autres opérations, par exemple dans les opérations de qualification des faits. C'est cependant un autre type de démarche non déductive qui intervient souvent dans les opérations de qualification des faits, non pas le «syllogisme rhétorique» comme en matière d'interprétation, mais fréquemment le recours à l'exemple (*a similibus ad similia*), l'utilisation du précédent et le raisonnement par analogie¹⁰¹.

Il faut mesurer à quel point ces diverses logiques non déductives (et non inductives) sont éloignées de la méthode de DESCARTES. Le premier principe du *Discours de la méthode*, de ne «comprendre rien de plus en mes jugements que ce qui se présenterait si clairement et si distinctement à mon esprit que je n'eusse aucune occasion de le mettre en doute»¹⁰², n'est pas respecté, puisqu'on part de quelque chose qui est simplement vraisemblable (si le législateur a voulu exprimer tel sens, il a probablement employé tel mot) ou d'une narration (en cas d'exemple et de précédent, le récit du fait singulier, ou de la décision particulière qu'on utilise). Le troisième principe du *Discours de la méthode*, de «conduire par ordre mes pensées, en commençant par les objets les plus simples», en suivant «ces longues chaînes de raisons, toutes simples et faciles, dont les géomètres ont coutume de se servir pour parvenir à leurs plus difficiles démonstrations»¹⁰³, n'est pas non plus respecté, puisque la démarche est régressive (or on a B; donc on a A).

Il nous paraît souhaitable que le juriste soit pleinement conscient de la méthode propre à son domaine, et qu'il évite de se mettre sous l'influence d'un modèle de pensée déductive et univoque (la *domination du syllogisme*), qui n'est d'ailleurs pas non plus la méthode des sciences expérimentales. Comme l'a bien souligné KARL POPPER, celles-ci ne procèdent pas essentiellement par déduction, contrairement à ce qu'avaient espéré DESCARTES et LEIBNIZ, mais par formulation d'une position, qui est ensuite testée aussi bien d'un point de vue logique qu'expérimental¹⁰⁴. Les tests auxquels le juriste soumet ses positions, dans les cas difficiles en matière de fait et de

100 C'est ce que le juge fédéral WALIER (note 66) exprime de la façon suivante: «Auszugehen ist von der Erkenntnis, dass sich für die Entscheidung regelmässig mehrere Auslegungselemente anbieten, die nicht von einem zentralen Grundgedanken her verstanden und geordnet werden können. Sie sind daher zur Ermittlung des massgebenden Rechtssinns einer Norm – um nicht der Billigkeitsjurisprudenz anheim zu fallen – vorerst nach einer aus dem Prozessgegenstand gewonnenen generellen Problemstellung zu gruppieren, zu gewichten und einander gegenüberzustellen» (p. 163 s.); v. aussi SCHUBARIH (note 66), p. 122.

101 V. ci-dessus note 62. Le point commun entre ces différents modes de raisonnement, c'est qu'on reste toujours dans la multiplicité. Cette situation a amené P. HÉBRAND, cité in BERGEL (note 41), p. 162, à affirmer: «la nécessité de tenir en main tous les fils à la fois est sans doute l'une des principales difficultés de la réflexion juridique, et l'aptitude à y parvenir, mûrie par l'expérience et l'habitude, est l'un des aspects les plus caractéristiques de ce que l'on peut appeler l'esprit juridique». L'auteur souligne aussi l'aspect de bricolage de cette pensée, dont le déroulement est presque toujours laborieux et lourd: «c'est la compréhension globale qui permet de situer chaque élément à sa place, et c'est à travers elle que, de retouche en retouche, l'image de la solution esquissée dès l'abord prend son dessein définitif».

102 RENÉ DESCARTES, Œuvre et Lettres, Bibliothèque de la Pléiade, Paris 1954, p. 137.

103 IDEM, p. 138.

104 KARL POPPER, La logique de la découverte scientifique, Paris 1973, p. 27.

droit, sont des tests argumentatifs. Le juriste se livre en quelque sorte à des expériences de pensée argumentative, pour déterminer la solidité respective des positions en concurrence. C'est ce que nous allons brièvement examiner en découvrant la fonction de la pensée discursive non déductive.

VII. Fonction de la discursivité non déductive en droit

Il faut non seulement montrer quelle est la distinction entre raisonnement déductif et raisonnement non déductif, et à quel point les raisonnements non déductifs sont importants dans la pratique du droit. Il faut aussi indiquer la fonction précise de ces raisonnements. On le fait pour les raisonnements déductifs lorsqu'on ne se limite pas à identifier la forme logique de ces raisonnements, mais que, en plus, on décrit leur fonction: ils permettent d'enchaîner des normes les unes aux autres, et, dans le syllogisme judiciaire d'appliquer le droit au fait. Ce n'est que si l'on comprend la fonction des raisonnements non déductifs qu'il est possible de tirer pleinement profit des ressources de la dialectique et de la rhétorique.

On a vu jusqu'ici que la fonction de l'argumentation non déductive doit se comprendre exclusivement par rapport à la formation de l'intime conviction de celui qui doit décider, et que cela est vrai aussi bien au niveau des faits, en l'absence de preuves directes ou scientifiques, que du droit, notamment lorsque ni la loi, ni la doctrine, ni la jurisprudence ne permettent de sortir de la controverse.

On va caractériser cet effet de l'argumentation non déductive sur l'intime conviction. Comme on le sait déjà, il n'est pas attribuable à un lien de nécessité que l'argumentation mettrait en évidence, ou sur lequel elle reposerait, et qui contraindrait la conviction à se cristalliser dans un sens ou dans un autre. Ces argumentations ne permettent en effet de conclure que sur un mode probable.

Leur effet doit être rattaché, à notre avis, tout d'abord à un phénomène d'objectivation: ce qui était informulé accède à la parole, et peut être visualisé sous forme de positions explicites, et d'argumentations complètement développés pour et contre ces positions. Le tout est en quelque sorte posé sur la table de délibération du juge, ou sur la table de discussion et de négociations entre les parties, une fois complètement construit et développé dans toute sa complexité, un peu comme un modèle réduit qu'on a patiemment construit, et qu'on présente ensuite aux personnes concernées pour qu'elles puissent l'examiner sous différents angles¹⁰⁵.

Cette effet doit ensuite être rattaché à une capacité de retour critique sur ce qui a préalablement été objectivé, et qui doit ensuite être apprécié, donc à un phénomène

105 ARISTOTE (note 38) avait déjà souligné le but *examineur* qui revient à la rhétorique: «elle permet de ne point ignorer comment se posent les questions» (1355 b 30), et WESTON (note 58) a relevé qu'avant de décider entre telle ou telle position, «we need to give arguments for different conclusions» (p. XI); il ajoutait: «To discover what we think, is to discover what we (might) have to say» (IBIDEM).

de réflexivité; l'argumentation intervient aussi à ce second niveau, au moment d'évaluer le poids respectif des différents arguments disponibles en faveur de chacune des positions qui peuvent être envisagées¹⁰⁶. Cette pondération qui conduit au jugement qui clôt le processus de raisonnement, est aussi un acte discursif.

À ce niveau réflexif, où la pensée argumentative revient sur elle-même pour argumenter sur la valeur d'argumentations qu'elle a préalablement développées, on trouve par exemple, lorsqu'il s'agit de dire le droit, l'argument pragmatique auquel se réfère le Tribunal fédéral dans sa théorie du *pluralisme méthodologique à caractère pragmatique*. A. WESTON a parfaitement décrit ce rôle de second degré joué par l'argumentation: «*Argument is essential, in the first place, because it is a way of trying to find out which views are better than others. Not all views are equal. Some conclusions can be supported by good reasons; others have much weaker support. But often we don't know which are which. We need to give arguments for different conclusions and then assess those arguments to see how strong they really are*»¹⁰⁷.

Comprendre cet effet réflexe est essentiel. Toute l'entreprise rhétorique et dialectique, qui a partie liée avec l'entreprise du droit, avec celle du langage et celle de la pensée humaine dans le domaine pratique, consiste à traduire en positions articulées et en argumentations les conflits sur le droit applicable, sur la réalité des faits, sur leur qualification, positions et argumentations qu'on développe tout d'abord dans leur diversité et leur pluralisme, puis qu'on compare et pèse afin de déterminer leur force de conviction. L'institution judiciaire elle-même repose sur cette entreprise dans la mesure où le juge a l'obligation de motiver et de justifier sa décision, et qu'il ne peut pas se prononcer à la façon d'un oracle. Il s'agit de la rationalité discursive qui est à l'œuvre dans les affaires humaines¹⁰⁸.

On a là l'explication de la raison pour laquelle les techniques d'argumentation sont semblables, qu'il s'agisse de fait, de droit ou de qualification des faits. Cette traduction des conflits en positions articulées, en argumentations relatives à ces diverses positions, avec les effets d'objectivation et de retour critique qu'on vient de décrire, fonctionne de la même façon pour le fait et le droit. Dans les deux cas, au point d'arrivée de la démarche discursive, il y a un jugement de probabilité qui a pour objet

106 La rhétorique constitue à ce titre un élément essentiel de toute pensée critique au niveau social et politique, et elle est nécessaire pour la formation d'un citoyen critique et lucide; CORBEIT/EBERLY (note 94), spéc. chapitre 8 intitulé *Becoming a Citizen Critic - Where Rhetoric Meets the Road*, p. 121 ss.

107 WESTON (note 57), p. XI.

108 L'un des meilleurs auteurs sur les questions de rhétorique ancienne, CORBEIT (note 94), souligne que raisonner dans ce sens rhétorique et dialectique (par opposition à compter et à calculer) constitue une activité pratique de base des êtres humains vivant en société: «*reasoning in language - or arguing, as it is more commonly known today - is a uniquely human activity. It is distinct from physical force as a mean of processing and resolving differences [...] among and between individuals and groups [...]. So reasoning is a basic practice of thinking human beings*» (p. 2); v. également EDWARD P.J. CORBEIT/ROBERT J. CONNORS, *Classical Rhetoric for the Modern Student*, 4^e éd., New York/Oxford 1999, p. 32 s. Il est logique que HOBBS n'ait pas reconnu cette activité, et ait identifié raisonner et calculer (v. note 3 ci-dessus) puisque pour lui la guerre est le mode de relation naturel de l'être humain à l'être humain.

quelque chose d'absolu, et c'est l'intime conviction qui assure la transition entre le mode probable du jugement, et l'absolu de son contenu objectif.

C'est évident à propos des faits constatés par le juge en l'absence de preuve directe et scientifique¹⁰⁹. Pour ce qui concerne le droit, H. DESCHENAUX décrit la même tension. Le juge qui dit le droit au terme du processus d'interprétation, formule un jugement qui s'exprimera, nous dit H. DESCHENAUX, «*sous la forme d'un énoncé normatif qui fixera le sens de la règle légale*»¹¹⁰. Ce jugement, malgré le caractère absolu et normatif de son objet, est un «*jugement de probabilité*»¹¹¹. Le caractère absolu de la norme exprimée dans le jugement «*ne change rien au caractère probabiliste de la méthode employée*»¹¹², et donc du jugement auquel elle aboutit. Les procédés de raisonnement qui «*conduisent*» à ce jugement, en effet, «*n'ont pas la rigueur de ceux du raisonnement déductif*»¹¹³. Ils sont effectués dans le contexte d'une délibération, ils impliquent une pesée appréciative, et ils relèvent, en l'absence de mécanismes et de nécessité, de l'intime conviction du juge.

On ne se situe donc pas au même niveau que la logique des normes. Celle-ci peut intervenir une fois que la norme a été énoncée dans le jugement qui fixe le sens de la règle légale, en aval en quelque sorte de ce jugement. Nous nous situons en amont, au niveau du processus qui aboutit au jugement formulant la norme, jugement de probabilité subjectivement enraciné dans l'intime conviction du juge. G. KALINOWSKI en particulier a beaucoup insisté sur la distinction entre ces deux niveaux, celui d'une part des normes et de leur logique propre (logique normative ou déontique), et celui des jugements d'estimation, d'évaluation, celui des pesées appréciatives sur lesquelles ces jugements se fondent. C'est à cet autre niveau qu'il faut se situer si l'on veut comprendre l'effet propre de l'argumentation, et, en général, de la pensée discursive, et le rôle de la rhétorique et de la dialectique dans la pratique du droit.

VII. La rhétorique

On peut espérer que les développements jurisprudentiels liés au *pluralisme méthodologique à caractère pragmatique* encourageront les juristes à s'intéresser à nouveau à la rhétorique et à la dialectique, qui ont contribué au développement d'un grand

109 Lorsque le Tribunal Fédéral constate par exemple que tel contribuable avait conscience de signer une déclaration d'impôt omettant un revenu de plusieurs millions de francs, alors que le Tribunal administratif du Canton de Genève avait au contraire constaté qu'il n'y avait pas conscience de cela chez le contribuable (TF 5 novembre 2002, in: StE 2003 B 101.21 n. 16), l'objet du jugement est un absolu (on affirme que quelque chose existe, on affirme qu'elle n'existe pas, et il n'y a pas de milieu ou de degrés entre l'existence ou la non existence du fait en question); cet absolu correspond à l'intime conviction du juge; et enfin, la méthode de preuve employée a un caractère probabiliste et produit un jugement qui, malgré le caractère absolu de son objet, reste, quand on l'analyse de façon critique, un jugement de probabilité.

110 DESCHENAUX (note 30), p. 35.

111 IBIDEM.

112 IBIDEM.

113 IBIDEM.

nombre d'éléments centraux en droit, et pour lesquelles, inversement, l'expérience juridique a constamment constitué une source de réflexion.

La place manque pour expliquer ce que sont la rhétorique et la dialectique des Anciens. Nous nous contenterons d'écartier deux idées fausses à ce sujet.

Bien qu'après la Renaissance, la rhétorique n'a plus été systématiquement fondée sur l'argumentation¹¹⁴, c'est un fait avéré que dans les anciennes écoles de rhétorique, on a toujours considéré l'argumentation comme la partie fondamentale de la rhétorique. L'attention principale était en effet donnée, dans les différentes étapes qui conduisent au produit fini (le dialogue pour la dialectique, et le discours argumenté pour la rhétorique), à l'étape argumentative, désignée comme *inventio*. Il s'agit de l'étape dans laquelle on recherche tout d'abord ce qui est propre à convaincre dans le domaine en question, en termes de positions et d'arguments; il s'agit de l'étape où l'on développe ensuite ces positions et ces arguments, à l'intention de l'auditeur, du juge, des jurés, ou même de soi-même s'il s'agit de déterminer la position à adopter dans son for intérieur.

Dans cette conception, la rhétorique n'est pas principalement consacrée à l'usage de la parole publique et à la performance théâtrale de l'orateur devant ses auditeurs (*actio*); ni à l'expression elle-même, c'est-à-dire à la correction orthographique, grammaticale, ainsi qu'au style et aux figures (*elocutio*); ni enfin à la mise en ordre de la matière et au plan (*dispositio*); mais à la formulation de positions et au développement d'arguments sur des sujets qui ne sont pas susceptibles de solutions techniques ou scientifiques. Et c'est pourquoi elle a partie liée avec la dialectique. Comme le relève CH. PLANTIN, «*la théorie de l'argumentation est la partie fondamentale du système rhétorique*»¹¹⁵.

Une deuxième idée fautive est de penser que la rhétorique a pour objet d'apprendre une technique permettant de gagner à tout prix, d'apprendre à mettre l'adversaire hors combat, d'apprendre à jouer sur tous les registres pour l'emporter: sur les sentiments, la suggestion, l'instinct, l'intérêt, les moyens de pression, etc. On parle sans doute de *rhétorique publicitaire*¹¹⁶, de *rhétorique de propagande*¹¹⁷. Rien de plus contraire cependant à la tradition des écoles de rhétorique et de dialectique, qui tend plutôt à identifier la technique rhétorique à l'exercice de la pensée critique¹¹⁸. La

114 V. par exemple BERNARD LAMY, *La Rhétorique ou l'art de parler*, édité en 1675, édition critique établie par BENOÎT TIMMERMANN, Paris 1998.

115 PLANTIN (note 58), p. 8. Certains juristes l'ont bien compris, et ont vu en conséquence la parenté avec le droit: «*Überhaupt sind Rechte und Rhetorik nicht unabhängige Grössen*», GAUCH (note 13), p. 99. Il ne s'agit pas simplement de soutenir que l'interdisciplinarité dans ce domaine serait positive, et qu'il faudrait établir des liens entre les deux disciplines (GONSALV K. MAINBERGER, *Vom mehrfachen Ver-nunftgebrauch in Recht und Justiz – Rhetorisch-vernünftiges Plädoyer für die teleologische Reduktion*, RDS 2003 p. 23 ss., spéc. p. 37, note 36).

116 V. BERIRAND BUFFON, *La parole persuasive*, Paris 2003, p. 393 ss.

117 IDEM, p. 371 ss.

118 BUFFON (note 116) relève que les *rhétoriques* extrémistes visent idéalement «*une persuasion dépourvue de toute raison [. . .]. Seul compte non plus même les passions, mais l'instinct*» (p. 371); il relevait que Hitler affirmait: «*Nous devons nous défier de l'intelligence et de la conscience. Il nous faut at-*

rhétorique n'est en effet pas une discipline qui consiste à persuader à tout prix, mais une discipline qui vise à découvrir les éléments convaincants, dans un sens ou dans un autre, que comporte chaque sujet non technique qui fait l'objet d'une controverse dans le domaine pratique¹¹⁹. Bien qu'elle inclut, dans ce qui peut être convaincant, les sentiments, les passions, les préjugés, les intérêts, elle met au premier plan l'argumentation rationnelle comme moyen de preuve à caractère purement discursif¹²⁰. Suivant CH. PLANTIN, les théories modernes de l'argumentation, qui reprennent et développent la tradition dialectique et rhétorique des Anciens, «*recherchent dans la pensée argumentative un moyen de fonder une rationalité spécifique, à l'œuvre dans les affaires humaines*»¹²¹.

La rhétorique part de cette réalité qu'un auteur a désigné comme «*l'irréductible problématique des affaires humaines*»: sur de très nombreuses questions pratiques il y a une pluralité de positions, compte tenu notamment des intérêts divergents de chacun, et dès qu'il s'agit de l'action humaine envisagée dans sa dimension sociale et politique, il y a souvent des désaccords, des controverses et des litiges.

La rhétorique relève que dans ces situations d'opposition et de conflit, les êtres humains ne se font pas nécessairement la guerre; il arrive souvent que deux ou plusieurs personnes qui ne sont pas d'accord entre elles choisissent d'expliquer leur position, de donner des raisons pour la justifier, d'écouter les raisons des autres, de confronter les raisons, en ne laissant pas libre cours à l'intérêt et aux passions, mais en ayant recours à l'argumentation et au raisonnement, au dialogue argumentatif, ou plutôt, lorsque les aspects de coopération ne sont pas au premier plan, à la confrontation argumentative¹²².

La rhétorique observe les activités d'échange argumentatif qui existent indépendamment d'elle, dans la réalité sociale. Elle fonde sur ces observations, dans une ap-

teindre une nouvelle simplicité» (cité p. 371). Quant à la rhétorique publicitaire, il relève qu'elle a pour objectif de persuader à tout prix, et qu'elle en appelle aux affects du consommateur plus qu'à sa raison; elle procède non pas par argumentations, mais par énoncés péremptoirs, assénées sans preuve, et reste fermée à toute réfutation (p. 393 ss). Au contraire, la pensée critique joue un rôle essentiel dans la rhétorique; v. par exemple AUSTIN J. FREELY/DAVID I. STEINBERG, *Argumentation and Debate - Critical Thinking for reasoned decision making*, 10^e éd., Delmont 2000, v. tout le chapitre 1, intitulé *Critical thinking*, et définissant ce concept comme «*The ability to analyze, criticize, and advocate ideas; to reason inductively and deductively; and to reach factual or judgmental conclusions based on sound inferences*» (p. 2).

119 V. note 38. Il s'agit donc d'une entreprise avant tout intellectuelle et critique. Sur cette distinction essentielle, v. WILLIAM A. COVINO, *The Element of Persuasion*, New York 1997, p. 4 s.; v. aussi ARISTOTE (note 38), 1355 b 10: «*sa fonction n'est pas de convaincre mais de saisir les éléments convainquants que comporte chaque question*».

120 De cette position provient la distinction faite parfois en français entre persuader et convaincre. Comme le relèvent PERELMAN et OIBERECHTS-TYIECA (note 78), pour PASCAL «*c'est l'automate qu'on persuade, et il entend par là le corps, l'imagination, les sentiments, bref tout ce qui n'est point la raison*» (p. 35), alors que le terme convaincre se réfère plutôt au caractère rationnel de l'adhésion.

121 PLANTIN (note 58), p. 10.

122 Les activités argumentatives peuvent être conduites sur un mode plus polémique, comme entre les parties adverses dans un litige, ou sur un mode plus coopératif, comme par exemple entre les membres d'un tribunal en délibération.

proche non normative, sa conception du travail de l'argumentation¹²³, sa description du contexte dans lequel s'effectue un tel travail (la prise de décision au niveau social et politique, les représentations qui se forment petit à petit sur les raisons d'agir dans un sens ou un autre suivant l'intime conviction de chacun, l'effet du discours à ce niveau, etc.), et son analyse des outils intellectuels utilisés dans ce travail (le raisonnement avec ses diverses structures possibles¹²⁴, l'inventaire des relations logiques qui permettent de justifier le passage d'une proposition à une autre, et les schémas d'argumentation – les lieux – fondés sur ces relations logiques¹²⁵, la théorie des «états de cause» qui distingue les diverses positions possibles des adversaires en prise l'un avec l'autre dans la cause¹²⁶, la théorie des genres de discours qui distingue trois genres de discours et d'argumentation en fonction du contexte temporel – le futur, le passé ou le présent – dont relève l'action qui fait l'objet de la controverse). Pour être complet, il conviendrait d'approfondir chacun de ces aspects; cela dépasse toutefois les limites de la présente contribution.

123 PIANIIN (note 58), p. 20.

124 La rhétorique ne se limite pas à la *topique* entendue comme une approche centrée sur la diversité des positions et de points de vue possibles, une approche de problématisation (THEODOR VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, 5^e éd., Munich 1974; WALTER OTT, *Jurisprudenz und plausible Argumentieren*, in: U Falkner/M. Zweifel [édit.], *Aspekte der Rechtsentwicklung – Festschrift zum 50. Geburtstag von Prof. Arthur Meier-Hayoz*, Zurich 1972, p. 26), mais constitue une étude globale des preuves à caractère discursif.

125 Certains auteurs ont répertorié jusqu'à une cinquantaine de schémas différents. Les relations logiques sur lesquelles ils se fondent sont notamment les relations de moyen/but, cause/effet, condition/conséquence, antécédent/conséquent, général/particulier, semblable/dissemblable, identique/autre, possible/impossible, plus/moins.

126 Cette théorie permet à l'argumentateur de savoir à tout moment si la *prise* avec l'opposant relève d'une controverse sur le fait (état de cause de la conjecture), ou d'une controverse sur le nom qu'on donne à un acte ou à une réalité (état de cause de la définition), ou enfin d'une controverse sur la qualification de cet acte ou de cette réalité (état de cause de la qualification).