

Dupréel et Perelman : la contribution des philosophes à l'École de Bruxelles en droit

STEFAN GOLTZBERG

L'École de Bruxelles se compose d'auteurs, de chercheurs, dont la plupart se sont formés dans plusieurs disciplines. Nous nous intéresserons surtout au rôle de deux d'entre eux : Eugène Dupréel et Chaïm Perelman. Le premier s'est distingué comme historien de la philosophie antique, en particulier de la pensée des sophistes¹, mais en réalité a poursuivi ses recherches dans de multiples disciplines, y compris la morale, la philosophie des sciences, l'histoire de la philosophie moderne, la sociologie, la philosophie de la biologie². Perelman, l'élève de Dupréel, était juriste et philosophe de formation ; il a prolongé l'intérêt de son maître pour les philosophes maniant le discours et la rhétorique. Il a renouvelé la théorie de la rhétorique et de l'argumentation³. Nous nous concentrerons sur l'apport de Perelman en philosophie du droit⁴. Dupréel et Perelman sont *notamment* philosophes et c'est à ce titre que nous montrerons à quel point ils ont contribué à la vitalité des réflexions sur des notions centrales en droit pour l'École de Bruxelles.

Dupréel s'est surtout intéressé à la notion de « convention », acte juridique par excellence, acte qui peut, du reste, prendre les formes les plus variées. Sa théorie de la convention contient en puissance la description de nouveaux instruments juridiques. Perelman, quant à lui, a mené des recherches sur des procédés juridiques qui

1 Dupréel a renouvelé l'étude des sophistes, E. Dupréel, *La Légende socratique et les sources de Platon*, Bruxelles/Paris/Londres, Éditions Robert Sand/Agence générale de Librairie et de Publications/Oxford University Press-Humphrey Milford, 1922, ainsi que *Les Sophistes. Protagoras, Gorgias, Prodicus, Hippias*, Neuchâtel, Éditions du Griffon, 1948. Dupréel poursuit donc sur ce point le projet de Hegel, qui avait été le premier à réhabiliter la sophistique dans ses *Leçons sur l'histoire de la philosophie*, P. Aubenque, « De l'humanisme à la métaphysique : Eugène Dupréel et la philosophie grecque », in *Eugène Dupréel (1879-1967), l'homme et l'œuvre. Revue internationale de philosophie*, XXII-1/2/83-84, Bruxelles, Institut de sociologie de l'Université libre de Bruxelles, 1968, p. 193-202, en particulier p. 193-194.

2 Notamment E. Dupréel, *Essais pluralistes*, Paris, Presses universitaires de France, 1949.

3 Ch. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La Nouvelle Rhétorique*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, [1958], 2000, ainsi que Ch. Perelman, *L'Empire rhétorique. Rhétorique et argumentation*, Paris, Vrin, coll. « Librairie philosophique », 1977.

4 Ch. Perelman, *Éthique et droit*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2012, ainsi que *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique*, Paris, Dalloz, [1976], 1979 ; B. Frydman et M. Meyer (éds), *Chaïm Perelman (1912-2012). De la Nouvelle Rhétorique à la logique juridique*, Paris, PUF, coll. « L'interrogation philosophique », 2012 ; G. Vannier, *Argumentation et droit. Introduction à la Nouvelle Rhétorique de Perelman*, Paris, PUF, coll. « L'interrogation philosophique », 2001 ; S. Goltzberg, *Chaïm Perelman. L'argumentation juridique*, Paris, Michalon, 2013.

ont montré les failles et les limites du système du droit présenté comme homogène. Perelman conçoit chaque système juridique comme supposant une ontologie juridique. Ce qu'il appelle la « logique juridique » est l'ensemble des outils qui permettent d'assouplir l'ontologie juridique : en clair, la fiction, les principes généraux, les divers types d'arguments, constituent la logique juridique de chaque système. Dupréel a attiré l'attention sur la nature de la convention, d'un point de vue anthropologique. Perelman a ciblé davantage et avec plus de précision la manière dont les activités dérivées de conventions sont gérées par la logique juridique de chaque système. Tous les deux anticipent, par leur approche pragmatique, les développements du droit les plus récents : les nouveaux types de contrats, de sources du droit, ainsi que le développement du rôle des principes généraux du droit, sont autant de phénomènes que Dupréel et Perelman ont, chacun à sa façon, permis de mieux comprendre. Perelman prolonge l'œuvre de Dupréel tout en s'en démarquant. La filiation n'est pas celle d'une paroisse ; le fait que leurs efforts convergent permet en revanche de parler d'une École de Bruxelles dont ils sont deux éminents représentants.

Vérité et pragmatisme

Les philosophes de l'École de Bruxelles peuvent être classés parmi les tenants du pragmatisme, même si cette catégorie n'est pas toujours acceptée par les auteurs eux-mêmes. René Berthelot enseignait la philosophie à l'Université libre de Bruxelles les toutes premières années du XX^e siècle et a eu pour élève Eugène Dupréel, auquel il fera connaître le pragmatisme au sens large⁵. Le pragmatisme reçoit en effet plusieurs définitions, mais toutes indiquent que le passage par la pratique, le terrain, la réalité, est obligatoire. La vérité ne se découvre pas uniquement par la théorie mais émerge petit à petit de l'examen du réel. Les pragmatistes les plus audacieux vont jusqu'à vider la notion de vérité de sa substance, pour en faire un compliment que l'on fait aux énoncés qui nous conviennent. Dupréel et Perelman entretiennent dès lors également un rapport particulier, parfois ambigu, avec la notion – ou avec la valeur – de vérité. Celle-ci ne leur est cependant pas indifférente. On peut à ce propos relever chez Dupréel et chez Perelman des positions différentes.

Dupréel a consacré un article aux deux racines de la valeur du vrai, publié en 1935⁶. Ces deux racines sont l'utilité et l'unicité : le vrai est utile et unique. Pourtant, précise Dupréel, si le vrai est utile, d'une part il ne l'est pas toujours, d'autre part, l'énoncé faux peut s'avérer utile également. Ainsi, il arrive que le mensonge, l'illusion, ou autres énoncés faux soient plus utiles que le vrai. Dupréel rapporte l'exemple d'une erreur

5 R. Berthelot, *Un romantisme utilitaire. Étude sur le mouvement pragmatiste*, vol. 1 : *Le pragmatisme chez Nietzsche et chez Poincaré* ; vol. 2 : *Le pragmatisme chez Bergson* ; vol. 3 : *Le pragmatisme religieux chez William James et chez les catholiques modernistes*, Paris, Alcan, 1922 (partiellement publié antérieurement) ; M. Dominiczy, « Perelman et l'École de Bruxelles », texte original consultable sur www.philodroit.be, 2006.

6 Repris dans E. Dupréel, *Essais pluralistes*, op. cit., p. 285-299.

de calcul dans la construction d'un pont, erreur qui, *felix culpa*, avait rendu le pont encore plus solide⁷. La deuxième racine est l'utilité, propriété qui caractérise plusieurs types de connaissances : les connaissances vraies, les connaissances fausses, et celles qui ne sont ni vraies ni fausses. Dupréel attire en effet l'attention du lecteur sur la nécessité de séparer deux choses, trop souvent confondues en philosophie : la théorie de la connaissance et la réflexion sur la vérité. Les connaissances sont à étudier indépendamment de leur caractère vrai. Si les connaissances vraies sont souvent utiles, cela n'implique pas pour autant que les connaissances fausses ne soient pas également utiles ni qu'elles ne soient pas des connaissances. C'est une faute de raisonnement – typique selon Dupréel, de la philosophie classique – d'élaborer une théorie de la connaissance en ne se souciant que de la connaissance vraie.

« Si la vérité est utile, c'est parce qu'elle est un cas de connaissance, non pas par cela qui la distingue de l'erreur. »⁸

Mais si la connaissance fautive peut, comme le soutient Dupréel, être utile, quel sens cela a-t-il de dire que la première des deux racines de la vérité est l'utilité ? En quoi l'utilité la caractérise-t-elle ? En cela qu'une connaissance vraie est plus souvent utile : la connaissance vraie est plus *généralement* et plus *probablement* utile. Le jugement vrai est dès lors plus utile, toutes choses égales par ailleurs, que le jugement quelconque.

La seconde racine de la vérité est l'accord qu'elle inspire, accord qui permet de parler d'une *unicité* de la valeur du vrai. Si la connaissance en général permet le ralliement de *certaines* esprits, la connaissance vraie permet celui de *tous* les esprits. En d'autres termes, alors que la connaissance en général concerne les personnes intéressées à ce jugement, la connaissance vraie concerne tout sujet pensant, indépendamment des intérêts. On peut relever certains accents kantien dans la description que propose Dupréel de la capacité qu'auraient certains jugements à rallier *tous les esprits*. Kant ne disait-il pas que le jugement du beau était universel ? Pourtant, tout comme Kant, Dupréel se rend bien compte que dans les faits, les jugements qui devraient rallier tous les esprits sont loin d'y parvenir chaque fois, et que, inversement, certains jugements qui ne sont pas destinés à emporter l'adhésion de tous semblent accomplir cet exploit. Il est ainsi manifeste que l'accord unanime, s'il est *de jure* possible, n'est pas *de facto* observable : l'accord unanime n'est pas un critère de la connaissance vraie. Il est donc possible d'avoir raison, d'être dans le vrai, contre tous :

*Avoir un moment raison contre tous et soutenir sans capituler cet honneur périlleux, c'est une des aventures émouvantes de la vie spirituelle et c'est le devoir de toute pensée libre d'admettre non seulement que cette aventure est possible, mais qu'elle est probable*⁹.

Ces deux racines de la valeur du vrai sont donc loin d'être des conditions nécessaires et suffisantes : ces racines sont insuffisantes mais ensemble, elles permettent de

7 Plus sur la question de l'erreur en général dans S. Goltzberg, « Statut de l'erreur en sciences sociales et en sciences de la nature », *En Jeu. Histoire et mémoires vivantes. Dossier « Des erreurs historiographiques »*, 2013, p. 16-29.

8 E. Dupréel, *Essais...*, *op. cit.*, p. 289.

9 *Ibid.*, p. 295.

s'approcher de la nature de la valeur du vrai. Du reste, si l'une des racines est absente, cela donne lieu à des travers contre lesquels Dupréel met en garde. Ainsi, l'utilité seule – dépourvue de l'accord – donne lieu à des conflits incessants, alors que la concorde seule – sans souci d'utilité – prépare le terrain du dogmatisme.

Dupréel, penseur du multiple et du mouvement, se méfie des vérités figées car « autour d'une vérité figée, il ne tarde pas à se former comme une croûte d'intérêts conformes ». Une comparaison conclura son enquête :

« La Vérité est comme un voyageur qui risque d'être fait esclave s'il s'attarde trop en un point de son itinéraire. »¹⁰

L'*itinéraire* de l'École de Bruxelles conduit naturellement à Perelman qui n'hésite pas à prendre le contrepied de son maître Dupréel sur la question de la vérité. Selon Perelman, la vérité non seulement n'est qu'une valeur parmi d'autres mais en plus elle tend à disparaître du champ de la rhétorique. Il semble que Perelman hésite quant au statut de la vérité : il tendrait à remettre en question au moins une des deux racines que Dupréel assignait à la vérité, à savoir l'unicité de cette valeur, qui donne lieu à la concorde. En ce sens Perelman se rapproche davantage d'une attitude pragmatiste, puisqu'il écarte la vérité du centre de réflexion de son propos, qu'il s'agisse de la rhétorique ou de la logique juridique.

On trouve sous la plume de Perelman une idée intéressante touchant au statut de la vérité, dans le contexte de la définition qu'il convient de donner à la rhétorique. Perelman remplace la définition de la rhétorique que proposait Aristote (art de rechercher dans toute situation les moyens de persuasion disponibles) par une nouvelle définition : la rhétorique devient l'« étude des techniques discursives visant à provoquer ou à accroître l'adhésion des esprits aux thèses qu'on présente à son assentiment »¹¹. Il commente en quatre temps cette nouvelle définition : premièrement, « la rhétorique cherche à persuader au moyen du discours »¹² : le terme de *discours* indique que les procédés paralinguistiques ne font pas partie de la rhétorique. Se voient dès lors exclues la violence et la caresse, bien qu'il soit « difficile d'en éliminer la menace et la promesse, car celles-ci se servent du langage pour gagner l'adhésion »¹³.

Deuxièmement, Perelman met totalement en question le statut prééminent de la logique formelle dans l'explication du raisonnement. Cette mise en question se fait, précisément, au profit de la rhétorique ; Descartes et les rationalistes ont pu négliger la rhétorique dans la mesure où la vérité des prémisses était garantie par leur évidence (idées claires et distinctes). Mais dès qu'une ambiguïté apparaît, se posent les problèmes du choix et de la décision « que la logique formelle est incapable de résoudre »¹⁴.

Troisièmement, la notion d'assentiment peut échapper à la qualification binaire de l'accord et du désaccord ; au contraire, « l'adhésion à une thèse peut être d'une intensité variable ». Il précise en outre que ce point est une « chose essentielle quand il s'agit non de vérités mais de valeurs »¹⁵.

10 *Ibid.*, p. 297.

11 Ch. Perelman, *Logique juridique. Nouvelle Rhétorique*, op. cit., p. 105.

12 *Ibid.*

13 *Ibid.*, p. 106.

14 *Ibid.*

15 *Ibid.*

C'est dans sa quatrième remarque sur sa définition de la rhétorique que Perelman aborde la notion de vérité. Celle-ci se voit détrônée de son rôle central comme valeur que lui reconnaissaient les philosophes. Ainsi, la rhétorique « ne concerne pas tant la vérité que l'adhésion » – thèse qui rend un son relativiste. Dupréel, dans une veine anti-relativiste, insistait davantage pour sa part sur la prééminence de la vérité parce que cette dernière faisait théoriquement l'objet d'un accord unanime, même s'il reconnaissait que l'on peut avoir raison contre tous, c'est-à-dire être le seul à détenir la vérité. La position apparemment relativiste de Perelman remplaçant la notion de vérité par celle d'adhésion et la position apparemment non relativiste de Dupréel ne sont pourtant pas aussi éloignées l'une de l'autre, puisque Perelman admet que la vérité n'est pas une valeur strictement relative à celui qui l'énonce (comme le prétendrait un relativiste). En effet, selon lui, les vérités « sont impersonnelles, et le fait qu'on les reconnaît, ou non, ne change rien à leur statut. Mais l'adhésion est toujours l'adhésion d'un ou plusieurs esprits auxquels on s'adresse, c'est-à-dire d'un auditoire »¹⁶. En somme, la différence entre les deux philosophes est surtout une question d'accent : Dupréel, contre ceux qui battent en brèche la notion de vérité, explique combien elle incarne une valeur indispensable, alors que Perelman réagit contre ce qu'il voit comme un positivisme qui fait trop de place à la notion de vérité et qui ne perçoit pas le rôle central de l'adhésion.

Dupréel comme Perelman font subir à la notion de vérité des infléchissements intéressants. Dupréel brise le lien qui semblait unir connaissance et connaissance vraie tout en reconnaissant au vrai un statut très particulier : la faculté de rallier, fût-ce théoriquement, *tous* les esprits. D'un autre côté, il définit le vrai notamment par son utilité pour ensuite préciser que ce n'est pas le propre du vrai d'être utile.

Perelman, quant à lui, reconnaît que la vérité est une valeur, mais seulement une valeur parmi d'autres. En passant, il admet que la vérité n'est pas dépendante de chaque subjectivité, mais prend prétexte de ce fait pour l'évacuer du champ de la rhétorique. Il percevait dès lors toute l'« ambiguïté de la notion de vérité, tantôt étrangère aux valeurs, tantôt valeur universelle »¹⁷.

Nos deux auteurs sont dès lors proches du pragmatisme, en particulier dans le souhait qu'ils émettent de renouer avec un regard empirique sur les phénomènes qu'ils analysent et qui étaient étudiés trop souvent à leur goût souvent de manière décontextualisée¹⁸.

Formalisme

La présentation du statut du formalisme requiert une approche anachronique. En effet, la position de Perelman, bien qu'elle fasse chronologiquement suite à celle de Dupréel, est logiquement antérieure. Le caractère original de la philosophie duprée-lienne du formalisme ne se révèle que par contraste avec nombre de théories, dont

16 *Ibid.*

17 *Ibid.*, p. 110.

18 Toutefois, ils renâclent tous les deux à accepter l'étiquette de pragmatiste, pour diverses raisons.

celles de Perelman, qui entendent lutter contre le formalisme. Nous procéderons dès lors à la présentation du formalisme selon Perelman, à une critique de l'approche de Perelman, puis à l'exposé de la philosophie originale du formalisme telle que l'envisage Dupréel.

Rejet du formalisme par Perelman

Perelman n'aura de cesse de souligner les défauts du formalisme en droit¹⁹. L'image qu'il se fait du formalisme est somme toute très classique. Le formalisme serait l'attitude qui consisterait à considérer le juge comme un opérateur juridique neutre et interchangeable, imperméable aux valeurs et appliquant la loi d'une manière mécanique – sans réflexion. Le formalisme est donc proche du positivisme, notion qui recouvre plusieurs significations, dont la séparation étanche entre le droit et les valeurs. Le formalisme, selon Perelman, est à condamner, pour trois raisons. L'une est qu'il n'est pas techniquement possible : le juge, étant un être humain, n'est pas capable d'appliquer mécaniquement la loi. Il ne saurait incarner la bouche de la loi, c'est, au contraire, un opérateur qui pose des choix, fussent-ils accomplis à son insu. La seconde raison est que le formalisme suppose un fait qui est erroné : le formalisme repose sur une vision du droit comme système dépourvu de lacunes et de contradictions – encore que selon Perelman, l'existence d'antinomies en droit n'est qu'un type de lacune, à savoir l'absence de procédure qui guiderait le juge face à une contradiction entre des énoncés juridiques. La troisième raison pour laquelle le formalisme doit être condamné tient dans les conséquences néfastes qu'il est susceptible d'entraîner.

Perelman rejette la démarche formaliste, qui accorde trop d'importance au texte de la loi, mais il ne va pas jusqu'à considérer ce dernier comme caduc. Au contraire, selon l'auteur de *La Logique juridique*, le rôle de l'interprétation juridique – et donc du juge – est de *concilier* le texte de la loi et les *autres* valeurs que le droit vise à défendre. Les valeurs ne s'opposent pas à la formulation du texte de la loi ; le respect de la lettre, de la formulation, constitue bien plutôt une valeur en tant que telle, qui peut entrer en conflit avec d'autres valeurs en présence. Le formaliste – comme le positiviste – fait comme s'il se passait tout bonnement de valeurs, alors qu'il se contente de promouvoir l'une d'entre elles (le respect de la lettre de la loi ou encore la sécurité juridique) au détriment de toutes les autres.

Perelman essaiera dans toute son œuvre en théorie du droit d'élaborer une vision du juge où celui-ci parviendrait à échapper aux deux écueils symétriques : le respect aveugle de la loi et l'émancipation totale de la loi. Le premier écueil est le formalisme ; le second est l'arbitraire. Perelman insistera sur ces deux dangers. Un point commun entre ces deux mises en garde est le caractère quelque peu artificiel de ces deux notions. Plus précisément, le formalisme et l'arbitraire sont des termes évaluatifs dont le contenu descriptif n'est pas toujours clair : comment en effet peut-on décrire ce qu'est

19 S. Goltzberg, *Chaim Perelman. L'argumentation juridique*, op. cit.

le formalisme ou l'arbitraire sans, ce faisant, émettre un jugement de valeur (négatif) ? Cela semble difficile et indique la charge péjorative de ces deux termes.

Mise en question de l'existence de la catégorie de formalisme

Précisons d'emblée que nous sollicitons ici entre autres des auteurs anglo-saxons s'exprimant sur le développement du formalisme tel qu'il se manifeste dans les pays de *common law*, dont l'histoire n'est pas forcément la même que ce qui se produit à la même époque sur le continent notamment en Allemagne, en France et en Belgique. Ces débats montrent mieux l'originalité contextuelle des thèses de Dupréel et Perelman, qui sur de nombreux points élaborent des réflexions parallèles à ce qui se produit dans la théorie du droit de *common law*. Sur la question même du formalisme, on peut considérer que Dupréel va même plus loin que les théoriciens anglophones.

La légitimité du formalisme comme catégorie n'est pas admise par tout le monde. Les uns s'en méfient (Schauer), les autres vont jusqu'à mettre en question son existence (Tamanaha). Frederick Schauer, philosophe du droit américain, met en garde contre l'usage qui est souvent fait du terme de formalisme. En effet, il écrit que décrire quelqu'un – un juge – comme formaliste est rarement un compliment²⁰. Il propose dès lors d'éviter cet usage péjoratif et affirme du reste qu'il existe un sens neutre, utilisable, de la notion de formalisme. Selon Schauer, qui cite sur ce point le juge Scalia de la Cour suprême des États-Unis, le droit est par essence formaliste²¹.

Brian Tamanaha prolonge donc la critique de Schauer et va plus loin que lui. Tamanaha a brillamment déconstruit l'histoire de l'opposition entre les formalistes et les réalistes en philosophie du droit²². Selon lui, chacune de ces deux notions – formalisme et réalisme – est mal définie et recouvre des positions indépendantes les unes des autres.

Afin de mieux saisir la notion de formalisme, quatre idées doivent être distinguées :

- Le droit conçu d'un point de vue abstrait comme reposant sur des principes et des règles ordonnés logiquement.
- L'état du droit tel qu'on peut l'observer.
- Le raisonnement déductif qui détermine le contenu du droit.
- Le raisonnement déductif qui applique les précédents ou la loi au cas d'espèce.

Tamanaha relève au moins deux erreurs concernant ces quatre objets d'étude. Premièrement, bien que la quatrième formulation du formalisme soit la plus couramment citée comme étant l'expression par excellence du formalisme, elle n'était quasiment soutenue par personne à l'âge formaliste. La deuxième erreur tient à ce que la deuxième idée, celle qui consiste à décrire le droit tel qu'il se produit – et donc comme une réalisation plus ou moins désordonnée et incertaine – était largement

20 F. Schauer, « Formalism », *The Yale Law Journal*, 97/4, 1988, p. 509-548, spéc. p. 510.

21 F. Schauer, *Pensées juriste : nouvelle introduction au raisonnement juridique*, traduit par S. Goltzberg, Paris, Dalloz, Coll. « Rivages du droit », 2018, p. 31.

22 B. Tamanaha, *Beyond the Formalist-Realist Divide. The Role of Politics in Judging*, Princeton et Oxford, Princeton University Press, 2010.

répandue par les auteurs décrits comme formalistes. Ce fait est complètement effacé par l'histoire conventionnelle sur l'âge formaliste²³.

En effet, durant l'âge dit formaliste (1870-1920), les propos formalistes ne sont pas ou sont du moins peu soutenus par les juges ou les théoriciens du droit. Au contraire, ils semblent affirmer l'exact inverse : ils témoignent en effet d'une conscience aiguë du fait que chaque position peut être soutenue par une série de précédents judiciaires et que le juge dispose toujours d'une marge de manœuvre. Les écrits de l'âge formaliste soutiennent en réalité les thèses qui sont typiquement attribuées aux théoriciens réalistes qui suivent cet âge-là et qui sont contemporains de Dupréel et de Perelman.

Les formalistes n'ont, d'après Tamanaha, pas véritablement existé et nous sommes bel et bien en présence d'un argument du type *homme de paille* (*straw man*) : les générations qui suivent l'âge formaliste ont mis au point, presque inventé, une philosophie formaliste qui n'est soutenue par quasiment personne et qu'il est dès lors aisé de réfuter²⁴.

Réhabilitation du formalisme chez Dupréel

Dupréel, contrairement à Perelman, qui refuse de souscrire au récit classique opposant les réalistes et les formalistes, se propose de repenser la notion de formalisme à nouveaux frais ; il remet totalement en question la conception qu'on s'en fait, notamment parce qu'elle est intimement liée à une autre notion mal comprise, celle de convention. Contrairement à Perelman et à la plupart des auteurs du XX^e siècle connus comme réalistes, Dupréel ne pense pas devoir lutter contre un formalisme qui serait du reste inventé dans une large mesure. Il voit dans le formalisme une « philosophie qui donne à la notion de convention une puissance explicative dans les questions fondamentales »²⁵.

Ce qui est conventionnel passe souvent pour arbitraire : la forme de la convention serait indifférente. Dupréel refuse cette opposition entre la forme et la convention et souligne bien plutôt le lien intime qui les unit.

« Bien loin d'être en soi toute indifférente et de n'avoir de prix que selon la grandeur ou l'intensité de sa cause, c'est au contraire dans sa forme propre que la convention trouve d'abord le fondement de sa valeur. »²⁶

La forme est donc au cœur de la convention. Il serait opportun de retracer brièvement l'historique de l'opposition entre la convention et le formalisme, non pas depuis les présocratiques – dont Dupréel a renouvelé l'étude – mais depuis la philosophie formaliste de Kant, qui a suscité de nombreuses réactions et dont beaucoup de philosophes ont entendu s'émanciper. Cette émancipation s'est faite au profit du

23 *Ibid.*, p. 51.

24 En revanche, les réalistes, contrairement aux formalistes, ont bel et bien existé (B. Tamanaha, *ibid.*, p. 67). Dupréel et Perelman peuvent, à cet égard, être présentés comme des réalistes. Ici, réaliste est synonyme de pragmatiste, au sens d'un refus d'une méthodologie coupée de la réalité du droit ou de tout autre domaine étudié philosophiquement.

25 Voir l'article « Convention et raison », repris dans E. Dupréel, *Essais...*, *op. cit.*, p. 14.

26 *Ibid.*, p. 13.

conventionnalisme. Voyons comment Dupréel va surmonter cette opposition entre formalisme et conventionnalisme.

Le progrès de la philosophie de la convention s'est déroulé en s'appuyant contre le formalisme de Kant :

[C]'est surtout à partir d'une philosophie éminemment formaliste, et en réaction contre son formalisme, que le progrès du conventionnalisme dans les sciences et dans la morale s'est manifesté: je veux dire contre la philosophie de Kant et l'idéalisme rationaliste développé à sa suite²⁷.

Le formalisme de Kant, selon Dupréel, n'est pas rejeté par des générations de philosophes parce c'est un formalisme, mais à cause du type de formalisme que défendait Kant :

[C]e qui de plus en plus se révèle insuffisant dans le kantisme, c'est le fait qu'il retient un formalisme unique et nécessaire²⁸.

Pourtant, l'idée de Dupréel selon laquelle c'est seulement un type de formalisme (unique et nécessaire) qui est rejeté n'est pas à l'esprit des penseurs luttant contre le formalisme de Kant. Au contraire, ceux-ci pensent lutter contre le formalisme *tout court*. C'est ainsi que « [l]e formalisme kantien apparaît ainsi entamé de toutes parts » et que « les brèches faites aux formes *a priori* de Kant inspirent une répudiation de tout formalisme ».

C'est en l'occurrence la notion de convention qui est mise en avant par les différents auteurs pour remplacer le formalisme kantien.

Mais si l'on y prend garde, cette marche en avant de l'esprit critique dans la philosophie morale et dans la théorie de la connaissance, elle se fait au moyen d'un usage réitéré de la notion de convention. À chaque pas conquis, à chaque propriété kantienne abolie, le critique place une convention.

Ce remplacement du formalisme par des conventions ne doit pas obscurcir le fait fondamental d'après Dupréel: la relation interne qui unit le formalisme et la convention :

*Or la convention est une forme, et elle crée des formes; dès lors le progrès qui est en marche depuis Kant pourra nous apparaître non comme un renversement définitif de tout formalisme mais comme la substitution, au formalisme unitaire et préalablement fixé de Kant, d'un procédé qui n'est qu'un formalisme multiple et indéterminé, amovible et renouvelable. Partout où Kant fixait des propriétés *a priori* nous admettons qu'on pourra découvrir l'effet d'une convention²⁹.*

27 *Ibid.*, p. 14.

28 *Ibid.*, p. 15.

29 *Ibid.*, p. 15-16.

Nous n'avons donc pas à dépasser le formalisme kantien *en tant que formalisme*, mais en tant que formalisme incomplet et insuffisamment pluraliste : « Ainsi ce n'est pas le formalisme qui est caduc, c'est l'idée qu'il y a un système de formes, unique, excluant les autres. » La philosophie de Kant « est un formalisme, mais un formalisme qui exclut totalement la notion de convention. » Dupréel se propose d'expliquer pourquoi, pour citer un proverbe, les philosophes après Kant ont jeté le bébé avec l'eau du bain :

Ce qui força Kant comme ses successeurs à manquer ainsi le bénéfice du formalisme (qui est la libération par rapport à des antécédents donnés), c'était ce double danger : proclamer des formes libres (et non pas nécessaires) dans la connaissance, c'était demeurer dans le scepticisme de Hume, c'était renoncer à justifier la morale et faire de la vertu un caprice, une fantaisie ou un calcul intéressé, ou un effet de cette "sensiblerie" qu'il détestait³⁰.

Dupréel prend donc ses distances par rapport au rejet du formalisme. Bien que le formalisme soit une philosophie légitime et qui mène une réflexion sur la convention, cette dernière n'en est pas pour autant définie clairement : « Nous sentons bien qu'on pourrait reprocher aux pages qui précèdent de n'avoir pas fixé les limites opportunes de la notion de convention. »³¹ Or, la convention se laisse saisir par le concept de consolidation.

La convention comme consolidation

Dupréel fait appel à la notion de consolidation pour retracer l'évolution des conventions en général. Un des points capitaux est que Dupréel s'arrache à l'opposition entre nature et convention. Il subvertit cette opposition. En effet, classiquement, la convention s'oppose à la nature et on peut dire que, au début, tout est naturel, jusqu'à ce qu'une action performative modifie le cours de la nature et institue un nouvel objet social, la convention. Avant de montrer comment Dupréel s'y prend pour définir à nouveaux frais l'opposition entre le naturel et le conventionnel, il est opportun de voir de quelle manière il conçoit la convention en général.

Selon un article de Dupréel publié en 1934, « Nature psychologique et convention »³², les activités dérivées d'une convention ont trois caractéristiques : elles témoignent d'une certaine nouveauté, elles sont unifiées et elles sont consistantes.

L'activité dérivée d'une convention est nouvelle mais également hétérogène au contexte dans lequel elle s'insère : « Ce que ce processus présente de plus remarquable à qui l'examine, c'est la production de *quelque chose de nouveau*. »³³ Ce quelque chose

30 *Ibid.*, p. 16.

31 *Ibid.*, p. 17.

32 Repris dans E. Dupréel, *ibid.*, p. 250-270.

33 *Ibid.*, p. 251.

de nouveau surgit de la nature sans lui ressembler. Une différence de nature oppose précisément la nature et la convention.

En outre, la convention contribue à augmenter l'unité de l'état de choses, de l'activité dérivée de la convention : « l'état de choses que notre opération inaugure apparaît plus unifié que l'état de choses antérieur »³⁴.

La troisième caractéristique est liée aux deux précédentes et s'en déduit presque : l'activité dérivée d'une convention gagne en consistance et « *ne varie pas* exactement comme les antécédents de la convention »³⁵. Cette consistance est inhérente à la fois à la nouveauté et à l'unité qui se dégagent de l'activité en question.

Ces trois caractéristiques, prises ensemble, font émerger une valeur à partir de la nature qui lui sert de support : « ce que la convention a institué est pourvu d'une *valeur* spécifique »³⁶. Cette valeur scelle la solidité, la consolidation, la capacité de résistance de la convention :

*[U]n ordre consolidé, toutes choses égales d'ailleurs, a des chances de résister à un plus grand nombre de vicissitudes que le même ordre non consolidé, lequel dépend du support extérieur sans que le support dépende de lui*³⁷.

Comme la convention s'insère dans le social, il serait tentant de voir dans le monde social un ensemble de conventions. Une précision s'impose, cependant. Il convient en effet de ne pas confondre d'une part les conventions plus ou moins explicites et, d'autre part, le monde quelconque, qui n'est pas conventionnel mais qui est disponible à tout moment pour constituer une opération conventionnelle. Il ne s'agit pas, pour Dupréel, de dire que « tout le social est conventionnel » mais que « tout ce qui est sociologique se ramène à ces deux parts. D'abord il y a ce qui est dûment institué par convention, par exemple un système de poids et mesures élaboré par un corps de savants et institué par l'autorité législative. La seconde part du social rentrera dans la catégorie des ordres de réalité d'*origine quelconque*, mais tels qu'une convention pourrait les abolir, les modifier ou les remplacer »³⁸.

Dupréel insiste encore, malgré l'hétérogénéité de la convention par rapport à ce qui la précède, sur le fait que les conventions qui ne sont pas expresses mais vécues, presque immanentes, n'en structurent pas moins le social. Les objets sociaux sont donc certes parfois des conventions expresses ;

*quant à tout le reste, il se révèle de même nature que cette partie expressément conventionnelle, à mesure que l'on s'aperçoit que ce qui n'a pas été institué, ou ce dont le souvenir des origines est perdu, peut être remplacé, au moins théoriquement, par un équivalent qui soit, celui-là, strictement conventionnel*³⁹.

34 *Ibid.*

35 *Ibid.*, p. 252.

36 *Ibid.*

37 *Ibid.*, p. 259.

38 *Ibid.*, p. 253.

39 *Ibid.*, p. 254.

La convention est donc le fruit d'une consolidation : « *Une convention est un consolidé* ou un système de consolidés. »⁴⁰ Pourtant, il ne faut pas céder à l'illusion selon laquelle la nature sur laquelle s'insère l'opération conventionnelle évolue dans un domaine parallèle, sans rapport avec la convention.

Pluralisme de l'École de Bruxelles

Le pluralisme est sans doute la position intellectuelle la plus constante et la plus typique de l'École de Bruxelles. En effet, le pluralisme plonge ses nombreuses racines non seulement dans le pragmatisme anglo-saxon auquel les penseurs furent exposés très tôt, notamment grâce aux œuvres de Berthelot, mais Dupréel s'est en outre largement inspiré de certains philosophes présocratiques qui se sont illustrés par un pluralisme audacieux. Nous avons vu que Dupréel soutient la pertinence d'un *formalisme pluraliste* alors que Perelman plaide pour un *pluralisme anti-formaliste*. Certes, il est possible de lever cette incompatibilité entre les deux penseurs, puisque ceux-ci définissent « formalisme » différemment. Il reste que c'est le pluralisme – et non une quelconque attitude vis-à-vis du formalisme – qui les définit le mieux, jusque dans l'expression de leurs différences. Par exemple, Dupréel soutient une théorie de la convention dont nous avons vu qu'elle est étroitement liée au formalisme (pluraliste), c'est-à-dire au principe des raisons diverses : les auteurs d'une même convention ont des raisons diverses de souscrire à la convention. En écrivant cela, Dupréel s'éloigne explicitement des théories qui ont l'habitude de ramener les causes diverses à une seule. Ainsi, Hume *réduisait* les raisons des conventions à l'intérêt commun, la philosophie sociale (notamment Smith et Bentham) à l'intérêt général, Poincaré à la commodité. Dupréel quant à lui insistait sur l'irréductibilité des raisons présidant aux conventions. Selon lui, appeler un phénomène *conventionnel*, ce n'est pas, comme cela se fait souvent, une manière de vouloir déprécier ce phénomène voire le supprimer : « Volontiers on s'attache à montrer qu'une chose est conventionnelle comme on dit d'un chien qu'il est enragé : pour la supprimer. »⁴¹ Au contraire, la convention – ainsi donc que le formalisme – est le lieu qui exprime le mieux l'irréductibilité à des causes simples et finies.

D'une manière générale, le pluralisme de l'école de Bruxelles peut se définir comme la posture consistant à refuser *a priori* la réductibilité *nécessaire* d'un phénomène étudié à l'une ou à plusieurs des causes connues. Cette réductibilité était bel et bien la méthodologie du cartésianisme : les idées confuses devaient être réduites à des idées claires, sous peine de se voir considérées comme contradictoires.

Mais le pluralisme, dans son rejet d'un monisme, n'est pas simplement un relativisme ; c'est une posture exigeante qui entend trouver une voie moyenne entre le monisme et le relativisme. Le monisme, appelé « formalisme unique » par Dupréel et « formalisme » tout court par Perelman, est donc l'idée selon laquelle une explication monocausale est non seulement souhaitable mais également possible. Le relativisme

⁴⁰ *Ibid.*, p. 258.

⁴¹ E. Dupréel, *ibid.*, p. 2.

serait pour chacun de ces philosophes l'abandon de toute rationalité ou de toute motivation – à entendre au double sens de motivation judiciaire et sémiotique – au profit de l'arbitraire.

Dupréel privilégie donc, contre le formalisme kantien, le pluralisme des formes. C'est par l'acceptation de la multiplicité des formes que Dupréel s'arrache au dilemme du formalisme kantien et du conventionnalisme de Hume.

Perelman, quant à lui, se fraie un chemin entre le monisme du formalisme nécessaire et l'arbitraire relativiste grâce à la pluralité des valeurs. Le droit est, d'après Perelman, traversé d'une multiplicité de valeurs, qu'on l'admette ou non. Ceux qui nient ce fait, qu'il appelle les positivistes, ne font en réalité que souscrire à une valeur unique – la sécurité juridique. Il vaut donc mieux prendre acte de ce fait – de multiples valeurs sous-tendent les raisonnements juridiques pour peu que l'on souhaite décrire l'argumentation juridique empiriquement, telle qu'elle se fait⁴².

Un aspect qui caractérise l'École de Bruxelles, jusqu'à aujourd'hui – dans la continuité de ce que Dupréel et Perelman ont établi – touche à l'attention qui est portée à l'impossibilité de *réduire* tous les types d'arguments à un seul modèle. Perelman avait montré combien le syllogisme n'était qu'une des manières dont on pouvait formuler la décision judiciaire, alors que le *modus ponens* (si *p*, donc *q*), par exemple, remplirait tout aussi bien ce rôle⁴³. D'autres types d'arguments font également l'objet d'une nouvelle analyse pragmatique, comme l'argument *a fortiori*, l'argument *ex ante* ou encore l'argument de la pente glissante⁴⁴. Comme le savait déjà Perelman, on ne peut pas *a priori* dresser la liste (exhaustive) des types d'arguments, ce qui explique combien l'étude de l'argumentation requiert un pluralisme méthodologique qui, dans la lignée tant de Dupréel que de Perelman, soit à bonne distance tant du monisme que du relativisme.

Paradoxes de l'École de Bruxelles

Nous souhaiterions relever deux paradoxes au cœur de l'œuvre des philosophes de l'École de Bruxelles en droit. Le premier porte sur l'aspect pragmatique des catégories herméneutiques. Le second porte sur l'apport le statut ambigu de la notion de vérité.

Le premier paradoxe porte sur le fait que Perelman a établi de manière convaincante qu'il n'y a pas de sens clair en soi et a montré le caractère *pragmatique* de la notion de sens clair. Paraphrasant Perelman, Foriers écrit : « Une notion n'est claire en droit que lorsqu'elle n'est pas mise en discussion. »⁴⁵ La qualité de clarté – et de littéralité – est *assignée* par une des parties parce que celle-ci a *intérêt* à ce que le texte de loi ne soit pas interprété plus avant. Elle souhaite le voir appliquer tel quel. La partie qui souhaitera au contraire mener à bien une interprétation – restrictive,

42 P. Foriers, *La Pensée juridique de Paul Foriers*, Bruxelles Bruylant, 1982, p. 509.

43 Ch. Perelman, *Logique juridique...*, *op. cit.*

44 S. Goltzberg, *L'argumentation juridique*, Paris, Dalloz, « connaissance du droit », 5ème édition, 2021.

45 P. Foriers, *La Pensée...*, *op. cit.*, p. 521.

extensive, analogique – du texte légal invoquera son caractère obscur, ambigu, trivial ou déraisonnable.

Pour autant, il semble que Perelman ne se soit pas aperçu du fait qu'il avait lui-même tendance à utiliser certaines catégories évaluatives sans toujours préciser un contenu descriptif. Ainsi, Perelman a lutté dans toute son œuvre en philosophie du droit contre deux erreurs, celle qui consisterait à appliquer mécaniquement, déductivement, la loi d'une manière totalement impersonnelle et sans interprétation – le formalisme – et celle qui serait de formuler des décisions de justice d'une façon indépendante des règles de droit – l'arbitraire.

Il est opportun d'appliquer ce que Perelman disait du sens clair à ces autres (et non à toutes les) catégories herméneutiques que sont le formalisme et l'arbitraire : ce sont des termes *invoqués* par les parties pour dénoncer une décision de justice. Cette dénonciation n'est pas en tant que telle une argumentation. En effet, dire d'une décision qu'elle est formaliste, ce n'est pas dire grand-chose tant qu'on n'explique pas en quoi, dans ce cas-ci, il y aurait eu lieu de ne pas appliquer la loi telle quelle et, bien plutôt, de l'interpréter⁴⁶. Sur le juge, comme l'explique bien Schauer, pèse une présomption selon laquelle il doit appliquer la loi⁴⁷. Il est, heureusement, possible de renverser cette présomption. Les raisons ne manquent pas : cas de force majeure, conflit de normes, conflit entre une norme juridique et une valeur juridique, etc. Mais encore faut-il, dans chaque cas, expliquer quelle est la raison qui justifierait le renversement de la présomption. L'accusation de formalisme, souvent, fait l'impasse sur cette étape et se contente de *dénoncer* les cas où le juge a appliqué une loi sans l'interpréter outre mesure. Cette dénonciation prend parfois la place de l'argumentation. En outre, la notion de formalisme contient un sens neutre et peut être justifiée de manière très convaincante, notamment parce qu'il protège une des valeurs principales en droit : la sécurité juridique. Perelman aura eu le mérite de montrer que la sécurité juridique est une valeur parmi d'autres et que par ailleurs ce n'est pas la seule valeur qui sous-tend le droit.

L'accusation d'arbitraire est également susceptible d'une analyse pragmatique. En effet, la différence entre discrétionnaire et arbitraire semble relever notamment de la connotation : ce qui est arbitraire est simplement *trop* discrétionnaire. Perelman expose à cet effet un des principes de l'argumentation juridique :

*L'arbitraire est interdit. Cette maxime limite le pouvoir discrétionnaire, qui ne peut s'exercer d'une façon déraisonnable*⁴⁸.

On est en droit de se demander ce que dit la maxime au juste ; elle rejette le déraisonnable. Certes, mais toute la question est de savoir s'il est déraisonnable, par

46 Scalia, qui se dit à la fois formaliste, textualiste et originaliste, soutient que le juge interprète *toujours* la loi. Il n'y a pas, selon lui, de degré zéro de l'interprétation, A. Scalia et B. Garner, *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts*, Thompson/West, St. Paul, 2012, p. 53-55. La critique que Perelman adresse aux formalistes pourrait se formuler dès lors : le refus d'interpréter *davantage* la loi. Une critique très intéressante a été formulée contre la position de Scalia, par J. Perry, « Textualism and the Discovery of Rights », in A. Marmor et S. Soames (dir.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 105-129.

47 F. Schauer, « Formalism », *op. cit.*, p. 546-548.

48 Ch. Perelman, *Logique juridique...*, *op. cit.*, p. 93.

exemple de refuser une demande d'une partie sous le prétexte – éminemment formaliste – selon lequel la date limite de la demande est dépassée. Il y a d'excellentes raisons de soutenir, quoi qu'en dise Perelman, que la demande ne peut pas être acceptée – notamment parce que cela pourrait créer un précédent et donner lieu à une singulière complication de la gestion des demandes.

Le second paradoxe de l'École de Bruxelles tient au statut ambigu de la vérité. Il semble que, alors que Dupréel voyait en elle une valeur éminente, Perelman l'ait quelque peu écartée de sa philosophie du droit, conscient qu'il était de la différence entre vérité et vérité judiciaire. Perelman a contribué au tournant pragmatique, notamment dans sa définition du sens clair. Pour autant, il demeure tributaire d'une approche sémantique, en termes de vérité et de fausseté, (et non pragmatique) sur une série de questions. Par exemple, il continue de définir la fiction juridique comme *contredisant* la réalité. Il précise certes : la réalité juridique. Mais ne serait-il pas opportun d'abandonner une fois pour toutes l'approche sémantique des concepts juridiques, du moins des concepts comme la fiction juridique, la présomption et autres procédés pragmatiques ?

Si l'École de Bruxelles se caractérise par une série de traits, les moindres ne sont certes pas son approche pragmatiste et son pluralisme. Dupréel et Perelman ont beaucoup contribué à l'ébranlement des anciens modèles de pensée. Dupréel en ce qui concerne notamment le statut de la convention, qu'il aborde par un détour spectaculaire par la philosophie des sophistes ; Perelman par la remise en question du positivisme juridique. Ces deux philosophes ont montré la voie à suivre plus qu'ils n'ont atteint l'objectif qu'ils se sont fixé. Ils nous ont transmis les moyens de poursuivre leurs efforts. C'est donc leur être fidèle, de poursuivre l'aller-retour entre la pratique et la théorie du droit. C'est en outre leur être fidèle d'amender sur certains points leurs théories, comme ils ont amendé celles de leurs prédécesseurs.