

Le procès chez Perelman

Guy HAARSCHER

*Directeur du Centre de philosophie du droit
de l'Université Libre de Bruxelles*

RÉSUMÉ.— Pour Perelman, le procès n'est envisagé que du point de vue de la décision du juge. Ceci doit être compris en tenant compte de la philosophie générale de Perelman : depuis « De la Justice » jusqu'au « Traité de l'argumentation », Perelman a tenté de trouver une voie médiane entre l'universel et le particulier.

La décision du juge, ainsi que le raisonnement qui l'y conduit, représentent pour Perelman le paradigme de cette voie médiane.

L'intérêt de Chaïm Perelman pour le droit est, on le sait, fort ancien. Bien avant son « tournant rhétorique » des années cinquante, il avait publié un essai très apprécié sur la justice ¹. Il s'agissait certes encore d'une réflexion à caractère méta-éthique sur les conditions de possibilité d'une approche rationnelle de cette « notion confuse ». De plus, Perelman évoluait encore dans un horizon positiviste-sceptique qu'il mettra en question plus tard. Il n'empêche que cette analyse apparaît, à mon sens, comme essentielle pour comprendre ce qui se jouera ultérieurement dans les rapports entre sa pensée, le droit et – c'est l'objet du présent article – le procès. On connaît la trame de ce premier exposé. Partant de l'idée « stevensonienne » ² suivant laquelle les notions morales sont irrémédiablement chargées d'un contenu émotif (donc subjectif, irrationnel), Perelman se demande si, malgré tout, il ne serait pas possible d'y trouver au moins un noyau de rationalité, quitte à accepter qu'autour de celui-ci la zone grise de la « notion confuse » rende radicalement impraticable une approche strictement cognitiviste des valeurs. Cet élément de rationalité au cœur de la notion de justice est, du moins en apparence, strictement formel : la « justice formelle » impose en effet que l'on traite de façon similaire des situations substantiellement similaires. Déjà dans l'essai de 1945, Perelman se montre attentif à la difficulté de définir rigoureusement l'adverbe « substantiellement » : selon le principe d'individuation, deux situations ne sont jamais absolument semblables ; des différences les marquent inévitablement, toute la question consistant à savoir si l'on va considérer les variations comme essentielles (auquel cas les situations ne seraient plus définies comme semblables) ou comme inessentiels (ce qui laisserait subsister l'iden-

¹ Cf. C. Perelman, *De la justice* (1945), repris in C. Perelman, *Éthique et droit* [d'originant : *ED*], Éditions de l'Université de Bruxelles, 1990, pp. 13-86.

² Cf. Ch. L. Stevenson, « Persuasive definitions », *Mind*, juillet 1938.

tité des états de choses). Dans les cas simples (à supposer, ce que Perelman contestera par la suite, qu'il en existe), il suffit ordinairement d'appliquer la règle générale : il est possible de subsumer le cas particulier sous cette dernière et de tirer les conséquences juridiques qu'elle énonce. Mais dans ce que Hart et Dworkin, par exemple, appelleront plus tard les *hard cases*³, dans cette zone de pénombre qui résiste à la stricte application de l'universel au particulier, un problème de *décision* se pose. Est-il possible de fournir une justification rationnelle à la distinction entre différence inessentielle et essentielle ? On voit immédiatement qu'un tel problème possède des implications de type métaphysique : un réalisme « platonicien » des essences permettrait de déterminer rigoureusement ce qui participe de l'essence universelle connaissable (de l'*eidōs*), tandis qu'une attitude strictement nominaliste, très courante chez les néo-positivistes du Cercle de Vienne qui influençaient Perelman à l'époque, accorderait aux termes généraux un statut purement conventionnel, donc « décisionniste ». Perelman, dans *De la justice*, a toujours déjà tranché – c'est son humus intellectuel – en faveur de la position sceptique-conventionnaliste. Celle-ci se marque bien dans la distinction qu'il opère entre justice formelle et justice concrète⁴ : la première est susceptible d'une approche rationnelle en ceci qu'une définition « objective » de ce qu'il appellera plus tard la « règle de justice »⁵ apparaît comme possible ; en effet, on peut, grâce celle-ci (traiter de façon similaire les situations *essentiellement* – jamais totalement – similaires⁶), savoir de quoi l'on parle, s'accorder sur le fait qu'il est question de justice (et non de courage ou d'autres vertus), bref obtenir un accord des esprits à ce propos. Mais dès que l'on donne à la justice un contenu concret, les désaccords apparaissent : il ne s'agit plus dans un tel cas de se demander s'il est possible d'appliquer une règle universelle (principe de similarité), mais de donner à cette dernière un contenu précis : la règle doit-elle prévoir que l'on traitera chacun selon ses mérites, ses performances (ses « œuvres »), ses besoins, ou selon ce que la loi lui attribue, ou encore selon son rang ? Ou bien, encore, traitera-t-on les individus de façon purement égalitaire ?⁷ J'ai tenté dans un autre article⁸ d'affronter quelques problèmes liés à ces différentes définitions de la « justice concrète ».

En 1945, Perelman adopte une attitude rigoureusement anti-fondationaliste : ultimement, les jugements de valeur substantiels sont basés sur des décisions irrationalisables, bref, si l'on veut, sur des « émotions »⁹. On peut bien entendu juger à la manière socratique de la cohérence d'une conception de la justice : mais une telle maieut-

³ Sur lesquels ils divergeront de façon fondamentale. Pour une excellente analyse de la question, cf. S. Guest, *Ronald Dworkin*, Edinburgh University Press, 1992, pp. 162-224 (les chapitres 7 et 8, intitulés respectivement « Hard cases I » et « Hard cases II »).

⁴ Cf. *E.D.*, p. 29.

⁵ Cf. « La règle de justice », *E.D.*, pp. 108-117.

⁶ « On peut donc définir la justice formelle ou abstraite comme un principe d'action selon lequel les êtres d'une même catégorie essentielle doivent être traités de la même façon. » (*E.D.*, p. 30).

⁷ Cf. *E.D.*, pp. 31-46.

⁸ G. Haarscher, « La justice perelmanienne, les droits de l'homme et le dialogue », in G. Haarscher (éd.), *Chaim Perelman et la pensée contemporaine*, Bruxelles, Bruylant, 1994.

⁹ Cf. le chapitre « De l'arbitraire dans la justice » (*E.D.*, pp. 67-83). « Or cette valeur [la valeur suprême dont on « déduit » une conception de la justice concrète - G.H.] n'a de fondement ni dans la logique ni dans la réalité... la valeur suppose un arbitraire. » (*E.D.*, p. 75).

tique ne peut aboutir qu'à l'élimination des contradictions, laissant ouverte la question de la position des valeurs premières. C'est ici que se manifeste le mieux l'horizon nominaliste et conventionnaliste du « premier » Perelman. On voit par là que le problème perelmanien se trouve dès l'origine lié à une certaine conception de la *décision* : dans quelles conditions suis-je à même de déterminer une position juste rationnellement argumentable ? Certes, la question de la décision se relie en un sens à celle de la *communication* : dans le cas de la justice formelle et dans celui de l'exigence de cohérence interne des conceptions de la justice concrète, tout interlocuteur de bonne foi devrait adhérer à la décision que je prends, en vertu de la seule rationalité de cette dernière. Mais en ce qui concerne la position ultime des valeurs qui déterminera mon adhésion à une philosophie du mérite, du besoin, de l'égalité, etc., ma décision sera irrémédiablement affectée de subjectivité, d'émotion, d'irrationnel. Aucun accord raisonnable ne sera possible à son propos.

C'est un tel résultat qui choque Perelman, dans la mesure où il ne correspond pas à ses intuitions fondamentales d'après 1945 : il n'arrive pas à atteindre ce que Rawls appellera plus tard un « équilibre réflexif » (« *reflective equilibrium* »¹⁰) entre ses jugements étayés et les résultats de son approche philosophique ; il ne peut pas ne pas savoir que l'abandon de la rationalité en ce qui concerne la position des fins constitue non seulement une démission philosophique (puisque la philosophie s'est toujours définie comme une recherche *rationnelle* de la « sagesse », de la vie bonne et de la justice, du *good* et du *right*)¹¹, mais également un péril politique : le nazisme¹² a à peine été vaincu, ses horreurs sont dans toutes les mémoires (en particulier dans celle d'un intellectuel juif et résistant), et son principe même a consisté en la négation de l'universalisme rationaliste abstrait au nom de l'irréductible conflit entre des conceptions du monde ancrées dans la tradition, le mythe et l'irrationnel. C'est, à mon sens, une telle tension entre ses intuitions réfléchies, mûrement pesées, d'une part, et son éducation philosophique positiviste, d'autre part, qui motive Perelman à tenter de trouver un autre paradigme de la position et de l'accord sur les valeurs. Il a rappelé plus tard sa vaine tentative d'élaborer une « logique des jugements de valeurs » (sur le modèle de celle de Goblots¹³, ou encore à partir d'une transposition, dans la sphère pratique, du logicisme fregéen¹⁴), et, finalement, sa redécouverte, avec Lucie Olbrechts-Tyteca, de l'ancienne rhétorique aristotélicienne, frappée depuis bien longtemps d'un discrédit quasi total.

¹⁰ Cf. J. Rawls, *A theory of justice*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1971, pp. 20 et s. et 48-51.

¹¹ « Or en l'absence de techniques de raisonnement acceptables concernant les fins, la philosophie pratique devrait renoncer à son objet traditionnel, la recherche de la sagesse, guidant l'action par la raison, et la philosophie morale, la philosophie politique et la philosophie du droit ne pourraient se développer comme des disciplines sérieuses. » (C. Perelman, *L'empire rhétorique*, Paris, Vrin, 1977, p. 8. Dorénavant : *E.R.*).

¹² « Mais avec l'avènement de l'État criminel que fut l'État national-socialiste, il a paru impossible, même à des positivistes avérés, tels que Gustav Radbruch, de continuer à défendre la thèse que "La loi est la loi", et que le juge, en tout cas, doit s'y conformer. Une loi injuste, dira Radbruch..., n'est pas du droit. » Et : «... il s'agit de rejeter la conception positiviste, légaliste et étatiste du droit, expression de la volonté *arbitraire* [je souligne - G.H.] d'un pouvoir souverain, que ne limite aucune norme et qui n'est soumis à aucune valeur. » (C. Perelman, *Logique juridique*, Paris, Dalloz, 1975, p. 70. Dorénavant : *L.J.*).

¹³ *E.R.*, p. 8.

¹⁴ *L.J.*, p. 101.

Or la rhétorique lui fait rencontrer à nouveau le droit, mais dans une perspective bien différente de celle qui animait la méta-éthique de *De la justice*. Ce sont les raisonnements concrets de la vie pratique qui intéressent les auteurs du *Traité de l'argumentation*¹⁵, et, parmi ceux-ci, le droit acquiert d'emblée (mais il s'affirmera progressivement, jusqu'à la *Logique juridique* de 1975) un statut central. Perelman ira même jusqu'à soutenir que le « paradigme juridique » doit remplacer le « paradigme mathématique » dans la philosophie pratique. Pourquoi ? Nous avons vu que ce dernier animait encore, fût-ce négativement, l'approche néo-positiviste de la notion de justice. Il s'agissait d'une sorte d'*epistemè*, au sens que donnera Foucault à ce terme¹⁶, c'est-à-dire d'un ensemble de présuppositions intellectuelles communes au rationalisme dogmatique et au scepticisme positiviste : rappelons en effet que c'était la question du caractère essentiel ou inessentiel des différences entre situations qui emportait la décision quant à l'application ou non de la règle générale ; la justice formelle imposait de déterminer la similarité principale des cas par-delà leurs différences secondaires. Le positivisme se distinguait « simplement » du rationalisme en ceci qu'il répondait par la négative à la même question : peut-on déterminer de façon cognitiviste la similarité, la coappartenance de deux cas singuliers ? Or le droit semblait fournir exemplairement à Perelman au moins les prémisses d'une « troisième voie » qu'il a recherchée toute sa vie (comme l'a fait la philosophie contemporaine post-kantienne, à moins qu'elle ne s'abandonnât aux fantasmes d'un néo-spiritualisme rationaliste ou d'un scepticisme déconstructionniste – et autodestructif – radical) : qu'est-ce, en effet, qu'une décision judiciaire, sinon, justement, l'application nécessairement interprétative d'une règle générale ? Ou, dans la philosophie de la *common law* : le principe du *stare decisis* ne consiste-t-il pas précisément à porter à son accomplissement l'art du *distinguishing* ? Or Perelman tenait que la jurisprudence ne relevait pas de l'arbitraire, du pouvoir – peut-être subrepticement – discrétionnaire des juges¹⁷ : ses définitions « continentale » (ensemble des décisions de justice) et « anglo-saxonne » (philosophie, « sagesse » du droit) pouvaient se rejoindre en ceci qu'une tradition de décisions judiciaires possédait une cohérence, une rationalité qui la distinguaient rigoureusement de l'idée abstraite, encore dominante dans *De la justice*, de « décisionnisme ». Certes, cette tradition n'était nullement non-controversée, ce qui se manifestait en permanence par des débats judiciaires et extra-judiciaires, par des revirements de jurisprudence et l'intervention, *via* le législateur, du peuple souverain. Mais justement, cette espèce d'entre-deux (une *rationalité controversée* – ce que Perelman appellera, sur le modèle de l'*eulogos* aristotélicien, le « raisonnable »¹⁸), cercle carré pour le rationalisme et le positivisme, ne pouvait que fasciner celui qui, immunisé contre les fantasmes essentialistes, se trouvait incapable de se résigner à abandonner ses intuitions anti-décisionnistes.

Mais voici : un tel rôle de la décision judiciaire, s'il découle en droite ligne des apories de *De la justice*, ne laisse pas de poser problème en ce qui concerne le statut du *pro-*

¹⁵ C. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *traité de l'argumentation*, 2e éd., Bruxelles, Éditions de l'Institut de Sociologie (ULB), 1970. Dorénavant : T.A.

¹⁶ Cf. M. Foucault, *Les mots et les choses*, Paris, Gallimard, 1966.

¹⁷ Cette thèse relativiste et « cynique » a tout récemment été défendue par Stanley Fish, *There's no such thing as free speech and it's a good thing too*, Oxford University Press, 1994 (voir aussi le compte rendu - très critique - du livre par Richard Posner, *Times Literary Supplement*, n° 4763, 15/7/1994).

¹⁸ E.R., p. 16.

cès lui-même (et non simplement de la décision qui le clôt ou du raisonnement qui y mène) au sein du perelmanisme. Pourquoi est-ce le raisonnement menant le juge à la décision qui intéresse Perelman, à l'exclusion, selon toute apparence, de tous les processus d'argumentation prenant place depuis le début d'une procédure jusqu'à, éventuellement, l'épuisement des recours ? Essayons d'abord de comprendre ce qui intéresse Perelman dans l'acte du juge. Pourquoi lui ? En quoi sa position apparaît-elle comme fondamentale pour résoudre un problème philosophique, et lequel ? Rappelons-nous que Perelman avait buté sur une difficulté liée à la tension entre son horizon théorique et ses convictions morales : le néo-positivisme rendait impossible un accord raisonnable sur les valeurs, et minait par là même l'universalisme des conceptions suivant lesquelles, en matière de fins, la raison et l'accord pacifique des esprits peuvent jouer un rôle déterminant. La décision morale de celui qui devait adopter une conception de la justice concrète pour s'orienter dans le monde (et d'abord agir comme un citoyen responsable) reposait sur l'irrationnel d'une subjectivité ou d'une tradition dogmatiquement donnée : c'était inacceptable au vu des intuitions perelmaniennes, puisqu'une telle situation livrait le choix des valeurs à la violence des rapports de force.

Il ne faut pas sous-estimer l'existence d'un certain « communautarisme » dans la pensée de Perelman à partir du *Traité de l'argumentation*. En effet, si la position des valeurs ne peut plus être effectuée dans la solitude de l'enfermement individuel ou collectif, et si, en même temps, l'« auditoire universel »¹⁹ ne constitue qu'un idéal régulateur à jamais empiriquement inaccessible, c'est au sein des communautés ou des « auditoires » particuliers que devra se faire jour l'accord. Le mot « auditoire » n'est pas sans importance dans notre discussion actuelle : c'est à partir de lui que le *Traité de l'argumentation* opère son unification du champ rhétorique. Perelman (avec Lucie Olbrechts-Tyteca, dont il ne faut jamais oublier la part considérable qu'elle a prise à l'élaboration du *Traité*) dit qu'il aurait pu aussi bien parler de nouvelle *dialectique* que de nouvelle *rhétorique*, mais qu'il a choisi la seconde expression parce que la dialectique s'élabore indépendamment de l'auditoire particulier. C'est exactement l'opposé pour la rhétorique²⁰. Mais Perelman, s'il se réfère à la rhétorique à cause du lien intrinsèque qu'elle noue – à la différence de la controverse dialectique – avec les interlocuteurs (« toute argumentation est une argumentation *ad hominem* »²¹), et donc avec les auditoires particuliers, fait subir à cette discipline un processus d'élargissement très significatif : toute délibération se voit ramenée à une argumentation, l'auditoire s'étendant du for interne à l'« auditoire universel », en passant par les groupes particuliers²².

Réfléchissons un instant aux implications philosophiques de cette notion d'« auditoire ». Elle suppose semble-t-il inévitablement une sorte de dissymétrie entre celui qui parle et ceux dont il désire susciter l'adhésion. Certes, l'idéal démocratique exige que chacun puisse à son tour prendre la parole et éprouver la force de ses arguments devant les autres, qui constituent dès lors *ipso facto* « son » auditoire. Les positions ne sont donc pas « aristocratiquement » figées. Mais il reste que le processus d'argumentation lui-même est plus considéré comme une *action sur l'Autre* (dont on veut emporter la conviction) que comme une *inter-action* au sens où Jürgen Habermas

¹⁹ *T.A.*, pp. 40-45.

²⁰ *E.R.*, pp. 15-19 ; *T.A.*, p. 7.

²¹ *T.A.*, p. 148.

²² *T.A.*, pp. 8 et 22-58.

en a défini la notion ²³. L'« orateur » (au sens large du terme) argumente en fonction d'un certain contexte de réception (dont nous verrons que l'essence consiste dans sa multiplicité tendancielle unifiée). Or c'est exactement ce que fait le juge, lequel s'adresse toujours à une pluralité d'auditoires : les parties à la cause bien sûr (l'auditoire particulier le plus immédiatement intéressé à la décision), mais également les juges des juridictions supérieures, susceptibles de réformer, d'annuler ou de casser sa décision, et encore l'opinion publique, et à la limite l'« humanité » même de l'auditoire universel. Certes, nous sommes en un sens *toujours*, dans la quotidienneté de nos actes, confrontés à une pluralité d'auditoires, mais l'acte du juge incarne pour Perelman de la façon probablement la plus claire et exemplaire cette progression dans la simultanéité (le juge décide en se référant « d'un même coup » aux différents auditoires), du particulier concret à l'universel abstrait. C'est pour cette raison que la « logique juridique » acquiert chez Perelman une signification si éminente.

S'il y a un « communautarisme » de Perelman, c'est en relation avec sa prise en compte de la relativité des arguments et de la « raison » par rapport aux auditoires, et contre la conception « libérale » qui se veut centrée sur une vision abstraite et directement (sans médiations par les différents auditoires) universaliste de la vie sociale. On pourrait même soutenir que Perelman a fourni à l'avance des assurances à ceux qui, aujourd'hui, dans le mouvement communautaire américain, critiquent le libéralisme ²⁴. Mais on sait également que le défaut de la cuirasse communautariste réside dans son enfermement « particulariste » potentiel : si la raison elle-même (la validité, la recevabilité des arguments dans une discussion) relève chaque fois d'un contexte exclusif, la discussion trans-communautaire deviendra *ipso facto* impossible, incarnant le danger de tribalisation de nos États-nations et des sociétés modernes en général. Mais c'est tout le contraire qu'a visé, dès ses premiers essais sur la rhétorique, Perelman : il n'a pris en considération la particularité des différents auditoires *que* pour y voir émerger l'horizon d'un accord universel au moins régulateur. Sa conception de l'auditoire universel témoigne d'ailleurs d'une telle approche dynamique : cette instance, dit-il très explicitement, n'a pas de réalité concrète ; en effet, chaque auditoire particulier (et donc, tangentiellement, chaque individu, puisque le for intérieur constitue lui-même un « auditoire ») possède *sa propre* conception de l'auditoire universel ; mais Perelman ne s'arrête pas là, sans quoi il ne s'agirait, dans le *Traité*, que d'une reformulation sophistiquée de la vieille thèse suivant laquelle chaque groupe prétend détenir la Vérité (en « ancrant » idéologiquement sa particularité dans l'universel). Non, Perelman introduit un tiers terme, en sus donc de l'auditoire particulier et de l'idée de l'auditoire universel que ce dernier charrie : c'est l'« auditoire non défini », à partir duquel se trouve ouvert un espace de discussion entre tenants de diverses interprétations de l'universel ; bref, dit Perelman, « les auditoires se jugent les uns les autres » ²⁵. C'est donc dire que le

²³ Cf. J. Habermas, *Connaissance et intérêt*, tr. fr., Paris, Gallimard, 1976, *passim*. Habermas a développé cette notion dans ses œuvres ultérieures.

²⁴ Cf., par exemple, M. Sandel, *Liberalism and the limits of justice*, Cambridge University Press, 1982 ; M. Sandel, « The political theory of the procedural republic », in Allan C. Hutchinson & Patrick Monahan (eds.), *The rule of law. Ideal or ideology?*, Toronto, Carswell, 1987, pp. 85-96. Et encore : M. Walzer, *Spheres of justice*, New York, Basic Books, 1983.

²⁵ « Nous croyons donc que les auditoires ne sont point indépendants ; que ce sont des auditoires concrets particuliers qui peuvent faire valoir une conception de l'auditoire universel

Traité tente de frayer une voie nouvelle entre le dogmatisme d'une substantialisation de l'auditoire universel (le fantasme de « la » Raison métaphysique) et le scepticisme relativiste, tenant d'une radicale extériorité des auditoires particuliers.

Or dans le cas du procès, les parties ne constituent au fond qu'un auditoire inessentiel, non pas bien entendu au regard de la décision prise (qui les concerne au premier chef), mais en considération du questionnement philosophique perelmanien. Ce qui compte pour l'auteur de la *Logique juridique*, c'est la relation entre ce qui « se passe » dans ce lieu particulier d'une part et (par le biais de diverses médiations effectuées par les juges suprêmes, l'élite éclairée et les opinions publiques) « devant » l'auditoire universel d'autre part. C'est, me semble-t-il, la raison majeure pour laquelle, dans le procès, Perelman privilégie la motivation de la décision de justice. Il *aurait* pu, du moins à première vue, accorder un intérêt tout aussi prédominant à tout ce qui se joue en matière d'argumentation *avant* le jugement ou l'arrêt, et même avant le procès lui-même : que de richesses rhétoriques dans les contacts entre un client et son futur conseil, dans la qualification progressive des faits, leur transposition dans le langage juridique ; que de réflexions le débat entre avocats (ou, au pénal, entre accusation et défense) pourrait susciter chez le théoricien de la « nouvelle rhétorique » ! Eh bien, ces situations d'argumentation, Perelman ne s'y est manifestement intéressé que de façon occasionnelle. On peut soutenir sans exagération que la quasi totalité de son effort a porté sur la nature et les implications de la décision judiciaire, la plus nécessairement ouverte sur l'emboîtement dynamique des divers auditoires. Certes, ce faisant, je pense un peu « avec » Perelman « contre Perelman », comme Apel a voulu « penser avec Habermas contre Habermas »²⁶ : on pourrait tout aussi bien mettre en avant chez lui des thèmes relativistes et soutenir après tout, ce que j'avais moi-même tenté de faire il y a une quinzaine d'années²⁷, qu'il n'a pu à suffisance empêcher la dérive potentielle de toute entreprise de réévaluation de la rhétorique vers le décisionnisme sophistique. Mais, quelle que soit la fidélité de l'auteur de la *Logique juridique* à l'idée d'une troisième voie philosophique, il ne me paraît pas sans intérêt de poursuivre cette entreprise pour son propre compte.

Plusieurs auteurs contemporains pourraient nous être ici d'une utilité certaine pour tenter d'approfondir une telle dynamique pan-rhétorique des auditoires. Ne retenons ici que le cas d'Alasdair MacIntyre. Il a, dans un livre devenu rapidement extrêmement célèbre²⁸, mené l'un des premiers une attaque de type néo-aristotélicien contre le libéralisme rawlsien et dworkinien, dominant depuis les années soixante-dix (après des décennies de règne utilitariste) dans les pays anglo-saxons. MacIntyre insistait, dans cet ouvrage, sur le lien non seulement entre les valeurs et les traditions particulières, mais également – ce qui était à la fois plus crucial et plus périlleux dans son propos – entre les modes de justification (d'argumentation) et ces mêmes contextes d'enracinement. Si, dès lors, non seulement les valeurs s'opposent radicalement d'un « auditoire » à l'autre,

qui leur est propre ; mais, par contre, c'est l'auditoire universel non défini qui est invoqué pour juger de la conception de l'auditoire universel propre à tel auditoire concret... On peut dire que les auditoires se jugent les uns les autres. » (*TA*, p. 46).

²⁶ Cf. K.O. Apel, *Penser avec Habermas contre Habermas*, tr. fr., Paris, L'Éclat, 1990.

²⁷ Cf. G. Haarscher, « La rhétorique de la raison pratique : réflexions sur l'argumentation et la violence », *Revue Internationale de Philosophie*, 1979, n° 127-128, pp. 110-128.

²⁸ A. MacIntyre, *After virtue*, Londres, Duckworth, 1981.

mais encore la recevabilité des arguments, il sera décisivement impossible d'établir une discussion transcommunautaire, et l'échec philosophique menacera : à l'opposé d'Aristote qui n'a jamais mis en cause le modèle de la Cité, nous vivons dans un monde pluraliste (Perelman a maintes fois insisté sur ce trait constitutif des sociétés modernes) qui exige la quête d'un accord permettant de vivre ensemble par-delà les « identités culturelles ». Échec philosophique d'ailleurs relié à ce que craignait Perelman à l'époque de *De la justice : et l'émotivisme* « individualiste » et le communautarisme « collectiviste » (néo-romantique) excluaient l'idée même qu'un tribunal de la raison puisse rassembler les hommes par-delà les diverses cultures.

MacIntyre a tenté d'affronter cette dernière difficulté dans un autre ouvrage, intitulé *Whose justice, which rationality ?* ²⁹ Il a voulu montrer que les traditions, bien que déterminantes pour la validité des arguments, n'étaient cependant pas irrémédiablement closes sur elles-mêmes : une tradition se trouve, à un certain moment de son évolution, confrontée à des obstacles épistémologiques (il y a, chez MacIntyre, des réminiscences bachelardiennes, peut-être fortuites), c'est-à-dire à des difficultés qu'elle se trouve incapable de résoudre à l'aide de ses seules ressources propres. Elle fait alors appel à une tradition autre, laquelle se trouve pour ainsi dire en état de la « relayer » : de la sorte, une relation est établie entre deux contextes de sens particuliers sans que l'un s'impose à l'autre de l'extérieur, par la « violence ». Nous nous trouvons ici en présence d'une espèce d'hegelianisation des relations entre traditions : de la même manière que Hegel tentait de dépasser l'extériorité mutuelle et « romantique » des *Volksgeister* par la référence à un *Weltgeist* qui les traversait en les réduisant à des moments de son développement ³⁰, les traditions selon MacIntyre se « subliment » l'une dans l'autre en allant rechercher, par le recours à l'altérité, les ressources épistémologiques qui leur font défaut. Certes, la solution de MacIntyre (qui voit dans le thomisme la tradition la plus englobante et la plus achevée) peut apparaître comme insatisfaisante dans la mesure où elle ne dégage pas une « logique » d'enchaînement des traditions. Mais au moins l'idée correspond-elle à ce que nous avons analysé comme le noyau même de l'entreprise perelmanienne : tenter d'articuler la particularité des auditoires concrets avec un universel qui ne soit pas abstraitement (de façon « rationaliste ») imposé de l'extérieur. Je pense que la tentative de MacIntyre se relie essentiellement au projet perelmanien de « troisième voie » entre un refus dogmatique des particularités concrètes et un scepticisme relativiste réduisant la pensée critique à l'enfermement historiciste. Dans cette perspective, on comprend peut-être mieux le rôle de la décision du juge chez Perelman, et le fait qu'il porte essentiellement son attention, dans le procès, sur ce qui – sans qu'il faille pour autant nier l'importance de l'instance elle-même – dépasse la stricte application d'une règle générale à un cas particulier. En effet, si je le lis correctement, son but ne consiste pas tellement à donner du « raisonnable » une définition empirique-pragmatique (même si cette tendance est indiscutablement présente dans son œuvre), c'est-à-dire à renoncer à la vertu critique du rationalisme, mais plutôt à tenter de penser *d'un même mouvement* la décision particulière et son rapport, toujours en devenir, avec l'universel. Perelman a d'ailleurs explicitement reconnu une certaine dette à l'égard de l'auteur de la *Phénoménologie de l'esprit*, mais en reprochant à ce dernier d'avoir réduit l'articulation des

²⁹ Notre Dame (Indiana), University of Notre Dame Press, 1988.

³⁰ Cf. G. Haarscher, *Philosophie des droits de l'homme*, Bruxelles, Éditions de l'Université, 4e éd., 1993 (1e éd. : 1986), pp. 82-91.

« auditoires » à un mouvement univoque, non objet de controverse, bref à un « sens de l'Histoire » (l'« Esprit objectif » de l'*Encyclopédie*).

Mais, pourrait-on se demander, pourquoi serait-ce essentiellement l'activité du juge (bref la « fin » du procès) qui joue le rôle médiateur ici analysé, plutôt que, par exemple, l'acte de délibération politique (la formation démocratique de la « volonté générale ») ? La rhétorique politique est certes présente à titre d'exemple dans le *Traité*, mais jamais elle n'a joué chez Perelman le rôle éminent qui fut toujours chez lui celui du raisonnement judiciaire. Abstraitemment parlant, il serait cependant également possible de penser l'activité démocratique dans un rapport essentiel à l'idéal régulateur, à jamais inaccessible, d'un « droit naturel », bref de l'auditoire universel. Probablement la vie politique réellement existante n'a-t-elle pu, aux yeux de Perelman, fournir suffisamment d'éléments concrets d'actualisation d'une dynamique rhétorique des auditoires : ou bien alors faudrait-il soutenir que la tradition politique n'acquiert véritablement son sens et sa cohérence, comme le pensent les philosophes du droit éduqués dans le contexte de la *common law*, qu'à travers les décisions de justice ? On rejoindrait ce faisant la conception, actuellement très répandue dans les *Law Schools* américaines, suivant laquelle les questions de sociétés essentielles sont – et doivent être – tranchées par les juges, et spécialement par les juges constitutionnels (ou, plus fondamentalement, par les juges, nationaux et internationaux, des droits de l'homme). Dans cette perspective, Perelman aurait en quelque sorte anticipé la montée en puissance des juges, si visible et si problématique dans l'Europe contemporaine, prise de pouvoir qui signerait décisivement la primauté du droit sur le politique, bref la victoire de l'« État de droit ». Mais il serait probablement dangereux, comme j'ai tenté de le montrer ailleurs, de se satisfaire *simpliciter* d'une évolution, à tant d'égards positive, qui a progressivement bridé un légicentrisme (et donc une dictature potentielle de la majorité) si longtemps dominant chez nous. Ce sont de nouveau les communautariens américains (du moins les plus progressistes d'entre eux) qui ont mis le doigt sur les périls liés à la généralisation du *judicial review*, dont la tradition remonte, aux États-Unis, à travers mille avatars, au fameux arrêt *Marbury v. Madison* de 1803 : si la vie démocratique est en crise, il apparaît comme unilatéral de l'accepter telle quelle et de réduire la délibération citoyenne à ce que Foucault, dans un autre contexte, appelait un jeu « au bassin des enfants » : dès qu'un problème fondamental serait en jeu, la décision se trouverait *soustraite* à la discussion démocratique (à la vie politique) pour être prise en charge par les juges. Si nous ne réfléchissons pas suffisamment au risque d'« aristocratie » présent dans l'idée d'un pouvoir suprême des juges – et à la tension inévitable entre l'idéal démocratique et ce type de solution apparemment si séduisante, – les fondements mêmes de notre société ouverte risqueront d'être ébranlés, la confusion intellectuelle ne servant généralement que les despotes. Et nous en revenons par ce biais au primat accordé par Perelman au raisonnement *judiciaire* : ce serait à un tel niveau que se prendraient les grandes décisions mettant en jeu le sens de notre être-ensemble (la dialectique dynamique des auditoires). Certes, *en fait*, le débat politique est aujourd'hui tellement dégradé qu'un tel contrôle constitue un garde-fou salutaire : mais suffit-il de placer un couvercle « judiciaire » sur la marmite, au lieu, dans un même mouvement, de s'interroger sur la modification nécessaire des « ingrédients » démocratiques et du mode de leur « cuisson », de façon à ce que la dé- possession du citoyen apparaisse au moins comme plus exceptionnelle ? C'est à une telle interrogation que nous confronte, au sein du panrhétorisme perelmanien, la pri-

mauté de la décision judiciaire, à la fois par rapport à l'inter-action argumentative qui se fait jour au sein du procès, et en regard de la délibération politique démocratique. « Penser avec Perelman contre Perelman », c'est *aussi* vouloir référer les avancées philosophiques si incontestables qu'il a suscitées à ce que l'on appelle la « crise de la modernité ».